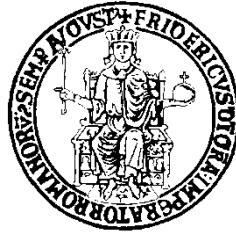


**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II**  
**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**



**Dottorato di ricerca in Sistema penale integrato e  
processo  
XXVI ciclo**

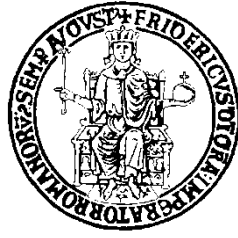
**Tesi di Dottorato**

**Principio di determinatezza e tecniche di  
redazione della norma penale**

**Relatore**  
**Ch.mo Prof. Antonio Cavaliere**  
**Ambrosino**

**Dottorando**  
**Gabriella**

**anno accademico 2013-2014**



**Candidato: Gabriella Ambrosino**

# **Principio di determinatezza e tecniche di redazione della norma penale**

**Relatore Prof. Antonio Cavaliere**

**Coordinatore del corso di dottorato Prof. Sergio Moccia**



## **Principio di determinatezza e tecniche di redazione della norma penale**

Capitolo I.....	6
L' <i>UBI CONSISTAM</i> DEL PRINCIPIO DI DETERMINATEZZA-TASSATIVITÀ .....	6
1. <i>Premesse definitorie</i> .....	6
1.1. <i>Precisione, determinatezza, tassatività</i> .....	6
1.2. <i>Determinatezza e discrezionalità</i> .....	9
2. <i>Le radici storico-giuridiche del principio di determinatezza: l'Illuminismo giuridico</i> .....	13
3. <i>La fonte positiva</i> .....	19
3.1. <i>La fonte costituzionale</i> .....	20
3.2. <i>La fonte ordinaria</i> .....	27
4. <i>Fondamento e ratio</i> .....	29
4.1. <i>Il fondamento logico-razionale: la certezza e l'uguaglianza</i> .....	30
4.2. <i>Il fondamento logico-razionale: la funzione della pena o della norma penale</i> .....	37
4.3. <i>Il fondamento politico</i> .....	41
4.4. <i>Il fondamento garantista</i> .....	47
Capitolo II.....	50
L' <i>EFFETTIVITÀ</i> DEL PRINCIPIO E LE PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE ...	50
1. <i>Il nuovo volto dello Stato di diritto: la crisi della determinatezza</i> .....	50
2. <i>L'indeterminatezza in prospettiva diacronica: dal Codice Rocco al legislatore repubblicano</i> .....	58
2.1. <i>L'indeterminatezza nel codice Rocco</i> .....	58
2.2. <i>L'indeterminatezza negli interventi del legislatore repubblicano</i> .....	62
3. <i>L'approccio della Corte costituzionale</i> .....	69
3.1. <i>L'iniziale destrutturazione e negazione del principio</i> .....	72
3.2. <i>Il "significato linguistico" delle parole</i> .....	77
3.3. <i>Il diritto vivente nella duplice accezione</i> .....	83
3.5. <i>Le sentenze interpretative di rigetto</i> .....	90
3.6. <i>Le sentenze di accoglimento</i> .....	97

Capitolo III .....	106
TECNICHE DI REDAZIONE DELLA NORMA PENALE E CONFORMITÀ AL PRINCIPIO DI DETERMINATEZZA .....	106
1. <i>La determinatezza come criterio di redazione delle norme penali</i> .....	106
1.1. <i>Disposizione e norma</i> .....	109
1.2. <i>La formulazione della disposizione mediante indicazione di fini: la norma discrezionale</i> .....	112
1.3. <i>La formulazione della disposizione mediante indicazione di fatti: norme descrittive</i> .....	113
2. <i>Gli elementi della fattispecie: descrittivi e normativi</i> .....	114
2.1. <i>Gli elementi normativi</i> .....	116
3. <i>Differenze tra elementi descrittivi e valutativi in senso stretto: significato definitorio e significato valutativo</i> .....	122
3.1. <i>Elementi descrittivi e principio di determinatezza</i> .....	126
3.2. <i>Elementi valutativi in senso stretto e principio di determinatezza</i> .....	134
4. <i>Le c.d. fattispecie aperte: la controversa terminologia degli elementi vaghi, indeterminati ed elastici</i> .....	148
5. <i>Le tecniche redazionali</i> .....	151
5.1. <i>Tecnica casistica</i> .....	152
5.2. <i>Tecnica sintetica e clausole generali</i> .....	153
6. <i>Il rapporto tra bene giuridico e determinatezza</i> .....	155
7. <i>Le definizioni legislative: un rimedio percorribile?</i> .....	158
8. <i>I possibili rimedi all'indeterminatezza secondo una circolare della Presidenza del Consiglio del 5 febbraio 1986</i> .....	161
BIBLIOGRAFIA .....	165

## Capitolo I

### *L'UBI CONSISTAM DEL PRINCIPIO DI DETERMINATEZZA-TASSATIVITÀ*

#### *1. Premesse definitorie*

Nell'individuare l'essenza del principio di determinatezza ed analizzarne i profili di criticità ed effettività nell'attuale ordinamento giuridico, è necessario preliminarmente tracciarne i confini definitori. In particolare, occorre differenziare il principio di determinatezza da categorie ad esso affini, quali il principio di precisione e di tassatività, da un lato, e il concetto di discrezionalità, dall'altro.

##### *1.1. Precisione, determinatezza, tassatività*

Tradizionalmente<sup>1</sup>, il principio di determinatezza si riferisce alla struttura della fattispecie ed esige che il legislatore, nella redazione della stessa, si attenga ad un canone di chiarezza lessicale e limpidezza strutturale ed operi una scrupolosa selezione terminologica, che riduca gli spazi di invasione creativa da parte del giudice. Il destinatario di tale pretesa risulta così il legislatore, il quale deve attenersi a precise tecniche redazionali, che garantiscano un duplice risultato: da un lato, orientare le condotte dei consociati, consentendo loro di operare scelte consapevoli, e, dall'altro, ridurre al minimo gli spazi di casualità nell'applicazione della norma giuridica da parte del suo interprete privilegiato: il giudice. Emerge così plasticamente l'anima garantista del principio di determinatezza e la sua intima connessione con il principio di separazione dei poteri, fondante dello Stato di diritto.

Diversamente, il principio di tassatività, costituendo un monito specificamente destinato al giudice<sup>2</sup>, non afferrisce al momento - statico -

---

<sup>1</sup> FIORE, *Diritto penale, parte generale*, Torino, 2008, p. 67.

<sup>2</sup> Riconosce quale destinataria ulteriore del principio di tassatività anche la dottrina, che dovrebbe astenersi dal creare categorie giuridiche dai contorni inafferrabili il BRICOLA *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, rivisitato alla fine degli anni '70*, in *La questione criminale*, 1980, p. 209.

redazionale della disposizione, bensì a quello - dinamico<sup>3</sup> - strettamente esegetico di enucleazione della norma<sup>4</sup>. Nel tracciare i confini dell'attività interpretativa consentita al giudice, il principio di tassatività gli vieta categoricamente di applicare alla norma penale il procedimento analogico: il giudice, di fronte ad una fattispecie concreta non compiutamente regolata da una norma positiva, non potrà scegliere una conseguenza sanzionatoria prevista da una norma incriminatrice di una fattispecie astratta diversa, sebbene le due fattispecie siano sorrette da una medesima *ratio*. In un'ipotesi del genere, infatti, il giudice compirebbe un'azione squisitamente creativa, inserendosi nel momento genetico della norma penale, contravvenendo così alle più elementari esigenze di certezza del diritto, separazione dei poteri e garanzia della libertà personale.

E' chiaro quindi che i suddetti principi sono in qualche modo indipendenti l'uno dall'altro<sup>5</sup> e prolifica è stata la ricerca volta ad evidenziarne in modo più profondo i tratti differenziali<sup>6</sup>. Non va tuttavia trascurata l'intima connessione che li avvince<sup>7</sup>: quando gli argini della fattispecie sono *ex se* evanescenti, il loro

---

<sup>3</sup> MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, p. 13.

<sup>4</sup> Leggermente diversa la posizione del PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, p. 6 e ss., il quale rinviene una componente ambivalente nella tassatività: essa troverebbe quale suo interlocutore non solo il giudice ma anche il legislatore al quale sarebbe vietato l'utilizzo di elencazioni esemplificative suscettibili di analogia. A parer dell'Autore, la determinatezza, ricomprendendo - ma non esaurendosi ne - la tassatività, avrebbe un contenuto più vasto di essa.

<sup>5</sup> MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, p. 59 evidenzia l'asimmetria dei rapporti di reciprocità: la determinatezza non implica la tassatività; mentre la tassatività, vista come divieto di analogia anticipata, implica la determinatezza. All'opposto PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 13, per il quale la determinatezza implica la tassatività, intesa quale procedimento esegetico "indeterminato"; mentre la tassatività non implica determinatezza, sebbene ne costituisca un indizio.

<sup>6</sup> Si ricordi il PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 8 e ss., a parer del quale l'analogia - distinta, si badi bene, dalla tassatività - si innesterebbe su una lacuna involontaria del legislatore, imponendo, a fronte dell'assenza *certa* della fattispecie contemplata, un risultato interpretativo *incerto*; mentre la norma indeterminata sarebbe frutto di una scelta di campo del legislatore, il quale, a fronte dell'*incertezza* ontologica delle situazioni concrete da coinvolgere nella disciplina normativa, incaricherebbe il giudice di far chiarezza, semplicemente delegando a lui, per "ragioni di giustizia" un risultato applicativo già a monte accettato come *incerto*.

<sup>7</sup> BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, p. 278 pone, a titolo esemplificativo, il settore delle misure cautelari adottate dagli organi di polizia: in tali casi, le norme sono scritte in forma così profondamente indeterminata che gli organi di polizia sono "naturalmente incoraggiati dall'uso dell'arbitrio" e quindi dell'analogia; BURDESE-GALLO, *Ipotesi normativa e interpretazione del diritto*, in *Riv. ital. sc. giur.*, 1949, p. 386, a parer del quale "la maggiore elasticità che presenta la descrizione delle fattispecie fa sì che i significati ad esse attribuibili siano notevolmente superiori a quelle delle altre ipotesi, in modo da consentire all'interprete una discrezionalità in limiti ben più ampi del solito"; PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 11, il quale si esprime in termini sintomaticità "relativa".

superamento in chiave analogica risulta un'operazione facilitata<sup>8</sup>. In altre parole, il rispetto dell'un principio rende più agevole l'osservanza dell'altro<sup>9</sup>.

A fronte di questa distinzione tradizionale tra determinatezza e tassatività, autorevole dottrina<sup>10</sup> ha proposto una tripartizione che valorizza ulteriori aspetti: precisione, determinatezza, tassatività.

Il principio di precisione impone al legislatore di descrivere accuratamente e in modo chiaro la fattispecie penale, per arginare il più possibile gli interventi creativi del potere giudiziario: in esso si esprime un valore di garanzia per la libertà e la sicurezza del cittadino.

Il principio di determinatezza, secondo una lettura risalente al Feuerbach<sup>11</sup>, farebbe riferimento alla necessità, imposta al legislatore, di incriminare fatti che possano costituire oggetto di accertamento e di prova nell'ambito del processo penale. La *ratio*, anche in questo caso, è la garanzia della libertà del cittadino e la protezione da ingerenze arbitrarie dell'interprete giudiziario. Infatti, di fronte all'incriminazione di un fatto non empiricamente verificabile né transitabile nel mondo fenomenologico, il cittadino non avrebbe adeguati strumenti difensivi e la decisione sulla sua responsabilità sarebbe fondata su elementi casuali, intuitivi ed emozionali.

Il principio di determinatezza, inteso in questa particolare accezione, risulta storicamente accantonato nei periodi di forte crisi delle libertà, in quanto consente agevolmente di eliminare intere categorie sociali sotto il vessillo di accuse indimostrabili. Si cita ad esempio l'ipotesi della stregoneria, fattispecie di reato descritta già dalla *lex Salica* del 500 e portata in auge dalla Santa Inquisizione, che elesse la repressione della stregoneria ad obiettivo primario della propria battaglia "religiosa". Tale fattispecie, che restò viva nel XIV e XV secolo, attraversa i secoli e tuttora compare nelle attestazioni processuali datate 1700. Tale accusa ipotizzava un accordo del reo con il diavolo, senza chiaramente

---

<sup>8</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 7; VASSALLI, Voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 307.

<sup>9</sup> VASSALLI, *Tipicità*, in *Enc. dir.*, XLIV, 1992, p. 540.

<sup>10</sup> MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2011, IV ed., p. 57.

<sup>11</sup> FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, II, Chemnitz 1800, r.a. Aalen 1973, p. 12 e ss.



poterlo dimostrare, né consentire di converso una prova contraria materialmente fondata<sup>12</sup>.

Infine, il principio di tassatività si porrebbe quale vincolo per il giudice, vietando l'applicazione del procedimento analogico sulle norme penali.

## 1.2. *Determinatezza e discrezionalità*

La determinatezza è stata inoltre contrapposta alla discrezionalità<sup>13</sup>, con l'obiettivo, in particolare, di tracciare una linea di confine tra norma indeterminata e norma discrezionale.

Tale distinzione può definirsi di carattere quantitativo<sup>14</sup>.

La discrezionalità opera in caso di totale assenza di una fattispecie normativamente posta: la norma discrezionale non contiene l'enunciazione completa del fatto - nel suo contenuto "significativo" - a cui ricollegare la conseguenza sanzionatoria, poiché essa rappresenta una rinuncia *tout court* alla tipizzazione da parte del legislatore<sup>15</sup>. Quest'ultimo semplicemente *non* enuclea una compiuta proposizione normativa generale ed astratta<sup>16</sup> e non indica i termini della fattispecie neppure *per relationem*<sup>17</sup>.

La lacuna, che ha carattere fisiologico<sup>18</sup> e deriva da una presa d'atto legislativa circa l'impossibilità di formulare il precetto, è in tale caso totale. Il legislatore, preso atto dei limiti di operatività del suo compito ordinatorio, si affida al caso concreto e abbandona la proposizione astratta, confidando nel fatto

---

<sup>12</sup> MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 64.

<sup>13</sup> In generale, sulla nozione di discrezionalità, BRICOLA, *La discrezionalità*, cit.; DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 369; MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1948; MORTATI, *Voce discrezionalità*, in *Noviss. dig. it.*, p. 1099.

<sup>14</sup> CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Milano, 1970, p. 280, nota 6-bis; LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli, 1967, p. 136, nota 98.

<sup>15</sup> MORTATI, *Voce discrezionalità*, cit., p. 1099.

<sup>16</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 99.

<sup>17</sup> LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali*, cit., p. 135 e ss..

<sup>18</sup> Tuttavia PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 22, criticando la dottrina tedesca a parer della quale la norma indeterminata avrebbe invece carattere patologico e sarebbe ascrivibile a disattenzione e sciattezza legislative, ritiene che non sia tale caratteristica l'elemento distintivo tra norma discrezionale e norma indeterminata.

che una soluzione concreta, caso per caso, possa condurre alla decisione più idonea alla multiformità del reale<sup>19</sup>.

In tali casi, generalmente, il legislatore si limita ad indicare un mero scopo cui il giudice deve finalizzare l'applicazione della norma discrezionale, la quale si presenta inconsistente sotto il profilo del "dato significante, positivo o negativo, che condiziona un certo trattamento penale"<sup>20</sup>.

La dottrina<sup>21</sup> è particolarmente attenta alla valorizzazione di questo aspetto - lo scopo o *ratio* della norma -, che erige ad elemento distintivo della discrezionalità penale ed amministrativa e che costituisce l'unico presidio del principio di legalità nelle norme discrezionali. Ed è proprio in tale aspetto che risiede la peculiarità della discrezionalità penale, distintiva rispetto a quella amministrativa<sup>22</sup>. La valorizzazione o meno di interessi ed esigenze ultronei rispetto a quelli risultanti dal testo della legge vale, in altre parole a distinguere le due categorie giuridico-concettuali: nella discrezionalità amministrativa, tali interessi assumono plastico rilievo nel bilanciamento tra interesse pubblico e interesse privato e la p.a. può liberamente valorizzarli; nella discrezionalità penale invece, ciò non accade e non può accadere poiché la tutela della libertà personale e del principio di democraticità impongono al giudice un *minimum* di aggancio al dato ordinamentale e positivo, che egli deve individuare nella *ratio* normativa, valorizzandola<sup>23</sup>. La discrezionalità penale si comporta quindi in maniera completamente diversa dalla discrezionalità amministrativa, che, delegando liberamente alla p.a. la scelta circa la valorizzazione di interessi extralegislativi, si caratterizza per l'equivalenza e fungibilità delle decisioni, ciascuna delle quali si assume come giusta<sup>24</sup>. Nella discrezionalità penale, invece, la presenza dello

---

<sup>19</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 100 riporta quale emblema di norma discrezionale l'art. 133 c.p.: in tale ipotesi il legislatore non è in grado di cogliere in astratto un dato positivo o negativo che condizioni la creazione di una circostanza attenuante ovvero aggravante, poiché tale dato sul piano astratto è neutro e, "solo in concreto, come espressione di una certa personalità, può assumere significato positivo o negativo".

<sup>20</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 101.

<sup>21</sup> LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali*, cit., p. 137.

<sup>22</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 102; LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali*, cit., p. 137.

<sup>23</sup> Per dare spessore pratico al concetto di scopo, si veda BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 102, il quale, utilizzando l'esempio dell'art. 133 c.p., ritiene che, in tal caso, lo scopo normativo da perseguire, il vincolo profondo imposto sull'attività del giudice sia la funzione della pena, tenendo presente la quale il giudice evidenzierà gli aspetti che emergeranno circa la personalità dell'agente.

<sup>24</sup> Ne discende che il sindacato amministrativo sull'attività discrezionalità pura è limitato al merito dell'azione amministrativa, nei limitati casi in cui la giurisdizione sia estesa al merito.

scopo della norma e della *ratio* dell'istituto, cui è necessario prestare profondissima tutela nell'attività discrezionale penale, ha la funzione precipua di selezionare tra le decisioni dell'autorità giudiziaria una – e una sola – decisione che possa definirsi *giusta*<sup>25</sup>. E il controllo sulla correttezza di essa avviene per il tramite della motivazione, la quale, quindi, nei procedimenti applicativi di norme discrezionali, assume un'importanza del tutto peculiare<sup>26</sup>.

D'altra parte, resta chiaro che, a fronte di una norma discrezionale, l'intervento del giudice non può arrestarsi alla mera sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta, bensì deve concretizzare la sua attività in una vera e propria manifestazione di equità<sup>27</sup>, di giudizio sul caso concreto, di attività propriamente valutativa<sup>28</sup>, arginata esclusivamente dall'obbligatoria valorizzazione della *ratio* normativa<sup>29</sup>. Tale attività valutativa può qualificarsi, in definitiva, come giudizio teleologico, di conformità della sanzione penale allo scopo della norma o alla funzione dell'istituto<sup>30</sup>, nel corso del quale tuttavia, in assenza di un qualsivoglia riferimento normativo espresso, il giudice rischia comunque di vagare libero nei meandri interpretativi del fatto.

Diversamente, la norma indeterminata presenta una lacuna di tipo parziale: il fatto nel suo contenuto significativo è presente; tuttavia i suoi contorni sono sfumati e imprecisi, poiché il legislatore si riferisce a sistemi di valutazione

---

<sup>25</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 105; LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali*, cit., p. 137. Il dibattito appare più acceso al di fuori dell'orizzonte dottrinario nostrano come riporta il PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 17 e ss. L'Autore, per l'analisi dell'attività di applicazione delle norme discrezionali, riprende la dottrina tedesca - per la cui bibliografia si rinvia all'Autore. Egli esamina le diverse posizioni sulla natura giuridica di tale attività valutativa: taluni Autori ritengono che tale valutazione abbia carattere pienamente soggettivo e personale ed escludono quindi la possibilità di addivenire ad una decisione oggettivamente "giusta" sottraendo così la decisione discrezionale al giudizio di legittimità, che deve assumere, quale dato di riferimento della propria attività di controllo e verifica, il legame con un parametro oggettivamente riscontrabile; Talaltri la qualificano come attività di concretizzazione di valori sociali comuni, dotata di oggettività e pertanto affidata a parametri verificabili con il giudizio di legittimità; intermedia è la posizione di Coloro i quali rivengono una duplice natura, oggettiva e soggettiva, nell'attività discrezionale.

<sup>26</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 105; DELOGU, *Potere discrezionale*, cit., p. 393.

<sup>27</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 102; LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali*, cit., p. 137.

<sup>28</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 17.

<sup>29</sup> Approfondisce i limiti, interni ed esterni, al potere discrezionale il DELOGU, *Potere discrezionale*, cit., p. 374 e ss.

<sup>30</sup> In questi termini, BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 105. L'Autore ritiene così che la forma di controllo esercitabile sull'applicazione giudiziaria di una norma discrezionale sia l'analisi dell'apparato motivazionale, all'interno del quale sarà possibile rinvenire quel rispetto dello scopo intimo della norma o della *ratio* imprescindibile dell'istituto che costituisce l'unico limite all'attività giudiziaria sulle norme discrezionali.

extranormativi<sup>31</sup>. In questi casi, una descrizione giuridica della fattispecie è presente, sebbene incompleta in quanto indiretta o facente rinvio a elementi individuabili *per relationem*. Il giudice, quindi, nella fase esegetica, non realizza un'attività di tipo schiettamente creativo, poiché può tenere presente nel suo procedimento logico, il *criterium individuationis* dei fatti rilevanti cui rinvia la norma indeterminata<sup>32</sup>.

Autorevole dottrina<sup>33</sup>, riducendo la discrezionalità al criterio emergente negli artt. 132 e 133 c.p., ha tuttavia distinto, in maniera sensibilmente differente, i due criteri: la discrezionalità è l'attribuzione di un potere di scelta al giudice tra conseguenze sanzionatorie diverse, ma predeterminate, rispetto ad una fattispecie di reato compiutamente definitiva sul piano positivo in tutti i suoi elementi essenziali; in tal caso, al giudice sono forniti diversi criteri assiologici, anch'essi predeterminati, cui parametrare i dati della realtà concreta. La discrezionalità si innesta quindi su una norma incriminatrice necessariamente determinata, ma, attraverso la libera valutazione degli aspetti del caso concreto, guida il giudice verso la valorizzazione dell'uguaglianza sostanziale e della personalità individuale del reo, costituzionalmente richieste negli artt. 3 e 27 Cost.. Diversamente, l'indeterminatezza equivale a disuguaglianza sostanziale, innestando su un'unica fattispecie incriminatrice dai contorni fumosi, un patrimonio di significati in contrasto tra loro, geneticamente ricollegabili agli *n* giudizi che si affastellano su un unico dato normativo.

Delineata la basilare distinzione tra indeterminatezza e discrezionalità, va d'altra parte sottolineato che, pur essendo indiscussa l'autonomia teoretica del concetto della discrezionalità quale fenomeno giuridico unitario, tuttavia l'individuazione degli istituti giuridici connotati da discrezionalità e l'accostamento degli stessi ha un limitato riscontro dommatico la natura discrezionale non ha un riscontro e una rilevanza giuridico penale peculiare sul piano effettuale<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali*, cit., p. 136.

<sup>32</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 24.

<sup>33</sup> STILE, *Il convegno di Napoli sui problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1975, p. 1250 si riferisce a tale distinzione come oggetto del pensiero giuridico di Gallo.

<sup>34</sup> LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali*, cit., p. 138.

## 2. *Le radici storico-giuridiche del principio di determinatezza: l'Illuminismo giuridico*

La centralità del principio di determinatezza nel sistema penale ha avuto il suo momento di pieno riconoscimento nel periodo illuministico<sup>35</sup>.

L'Illuminismo, nella fase rivoluzionaria, propone un'idea antropocentrica e riconosce la necessità di riconquistare e preservare strenuamente gli spazi di libertà dell'uomo nel contesto sociale. La volontà di proteggere l'uomo dal dispotismo monarchico; il riconoscimento delle sue pretese garantiste e di tutela "negativa" delle libertà e dei diritti dell'Uomo, che sfociarono nelle Dichiarazioni del 1789 e del 1793, espressione emblematica della trasformazione dei diritti naturali di derivazione giusnaturalista in diritti civili *tout court*<sup>36</sup>; la nascita della nuova classe borghese, simbolo dell'affermazione di nuovi criteri di distribuzione del potere e dell'acquisita emancipazione dal potere feudale, furono i primi indizi della spinta liberale che investì e travolse le logiche proprie del sistema giuridico penale.

E' in questo periodo che si afferma l'ineliminabile principio di legalità, che esige un'indiscussa centralità della legge quale fonte del diritto generale ed astratta, espressione dei neonati principi di democraticità<sup>37</sup> e di separazione dei poteri, con subordinazione del potere giudiziario al legislativo<sup>38</sup>.

La legge stessa, venerata come un culto, espressione dei principi di giustizia e certezza, è sovraordinata perfino all'Uomo e rappresenta la negazione collettiva del potere personale<sup>39</sup>. La produzione di essa, ontologicamente limitata dai diritti naturali del pensiero giusnaturalista, doveva essere affidata ad un organo

---

<sup>35</sup> CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966.

<sup>36</sup> DE RUGGIERO, *La dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del cittadino nella rivoluzione francese*, in *Contributi alla storia del pensiero giuridico e filosofico*, Milano, 1963, p. 209.

<sup>37</sup> ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, con saggio introduttivo di Robert Derathé, Torino, 1977, rinviene nel contratto tra sudditi e sovrano la fonte di legittimità della legge. Il contratto sociale è frutto di un accordo liberamente stipulato in forza del quale i cittadini affidano al sovrano il potere di tutelare le proprie posizioni giuridiche ai fini di garantire la convivenza sociale. Emerge in tale visione il seme di un sistema democratico, dove la legge, elemento centrale, viene corredata dei suoi caratteri essenziali di generalità e astrattezza.

<sup>38</sup> MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, traduzione di Beatrice Boffito Serra, Milano, 1989 è il primo vero teorizzatore della tripartizione delle funzioni dello Stato e della subordinazione del giudice alla legge: nella sua visione il potere giudiziario è meramente ancillare, è una costola del potere legislativo.

<sup>39</sup> CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, cit., p. 103, nota 12.

che costituisse veicolo autentico dell'ideologia dei consociati, ora identificati nella classe borghese, attraverso l'implementazione di schemi rappresentativi. Si delinea in tal senso, il concetto di democraticità, altro pilastro dell'ideologia riformista.

Il contesto storico-sociale su cui opera tale rivoluzione culturale e giuridica è di grande insofferenza verso le fonti di produzione delle norme incriminatrici, individuate, da un lato, in un incontrollabile potere sovrano<sup>40</sup> e, dall'altro, in una classe giudiziaria caratterizzata da corruttibilità e fluidità degli esiti interpretativi<sup>41</sup>. L'insofferenza sociale era così preponderante che non sembra può ben comprendersi la tesi di quella dottrina<sup>42</sup> che sostiene che in una prima fase dell'Illuminismo l'animo rivoluzionario fosse animato più da una implacabile volontà di annullare la classe giudiziaria che da una consapevole e meditata fiducia nello strumento legislativo.

Risultato pratico di questo tormentato periodo riformista e dell'avversità al potere giudiziario fu l'introduzione di massicci limiti al potere giudiziario con la legge 16-24 agosto 1790<sup>43</sup>, alla stregua della quale il giudice subiva un divieto di decidere in via generale ed era sottoposto all'obbligo di motivare le sentenze; furono introdotti criteri di elezione popolare dei giudici che coinvolgessero quella classe di potere nelle maglie del principio di democraticità e rappresentatività, vero *leit motiv* dell'animo Illuminista; fu introdotta la giuria popolare in materia penale - e fallì il progetto, pur apertamente sostenuto da parte dell'Assemblea legislativa, di estenderlo alla materia civile - strutturata e ideata in maniera tale da arginare in ogni modo le ortopedie interpretative e le manipolazioni a scopo opportunistico di cui si rese per anni protagonista la magistratura.

Il presupposto per l'introduzione della giuria popolare era proprio la presenza di leggi chiare e accessibili dal punto di vista lessicale – ossia il principio di determinatezza - che consentissero alla giuria popolare di decidere secondo buon senso, senza consentire che la presenza di un bagaglio scientifico

---

<sup>40</sup> CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, cit., p. 103, fa riferimento al simbolo dell'interventismo monarchico con le *lettres de cachet*.

<sup>41</sup> Simbolo di questa lotta fu l'abolizione definitiva dei Parlamenti con la legge 3 novembre 1789. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, cit., p. 103.

<sup>42</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 149.

<sup>43</sup> CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966, p. 107.

inaccessibile, ostico e “per pochi eletti” creasse i presupposti logici per una vera e propria dittatura della magistratura. Per di più, con il primo Codice penale del 25 settembre - 6 ottobre 1791, si introdussero sanzioni penali “edittali”, senza la previsione di una forbice che consentisse al giudice di adeguare la pena al caso concreto.

Esigenza primaria in questa nuova visione del diritto penale fu la chiarezza, l’uniformità, la gestibilità quantitativa, la conoscibilità, l’accessibilità del patrimonio normativo penale, esigenze inverte nel principio di determinatezza quale corollario del principio di legalità.

Nelle teorizzazioni del sistema normativo penale tutte accomunate quanto alla *ratio*, dalla supremazia della legge, si inserisce peraltro, secondo autorevole dottrina<sup>44</sup>, un profilo di ambivalenza non trascurabile.

Da un lato, si staglia il giusnaturalismo razionale che si propone metodologicamente di far derivare il diritto positivo dal diritto naturale e di conservare in esso i medesimi caratteri di semplicità ed evidenza del mondo reale, evitando orpelli esegetici lontani dalla realtà pratica e tangibile, confinati in un profilo teoretico puro da respingere *in toto*, in quanto strumento opportunistico nelle mani di una classe corrotta. Tale pensiero ideologico teorizza il modello ideale di sistema normativo criminale in una legislazione sintetica, fatta di norme brevi, concise, accessibili sotto il profilo tecnico-giuridico e numericamente limitate<sup>45</sup>.

Dall’altro lato, si delinea il pensiero democratico puro, che riteneva invece che il miglior modo possibile di soggiogare il giudice, mantenendo una piena detenzione della legalità negli organi rappresentativi dell’ideologia della maggioranza, fosse una legislazione ricca, dettagliata e ampia che non lasciasse spazio a momenti di creatività<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 152.

<sup>45</sup> CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, cit., p. 15 precisa che i limiti alla libertà devono essere legislativamente posti e non possono che essere quei “pochi e chiari” che provengono dall’intuito e dalla logica che ciascun consociato possiede. Espressione di tale visione è il pensiero del Voltaire e del Beccaria.

<sup>46</sup> FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. II, Roma-Bari, 2001, p. 340 cita ad esempio di pensiero democratico puro la proposta legislativa del Condorcet.

Tra i teorizzatori della nuova visione criminale illuministica e dei risultati ideologici da essa raggiunti, si staglia la figura di Anselm Feuerbach<sup>47</sup>, il quale, seppur cronologicamente collocato nel secolo XIX, sintetizza pienamente, e in chiave di grande attualità, la nuova anima penalistica che prese corpo con l'Illuminismo, sia con riferimento alla funzione della pena che all'affermazione dei principi ineliminabili del sistema criminale<sup>48</sup>. Si fa risalire all'intuizione del filosofo tedesco l'utilizzo dell'espressione "*nullum crimen sine lege*", per riassumere la profonda rivoluzione culturale giuridica che caratterizzò il periodo dell'Illuminismo<sup>49</sup>.

Il fondamento della teorizzazione del Feuerbach ruota attorno alla teoria della pena. L'Autore, in distacco rispetto alla filosofia critica Kantiana, opera una ripresa della teoria relativa della pena, di stampo illuministico, riconoscendo la principale funzione della pena nella general-prevenzione<sup>50</sup>. La general-prevenzione nasconde dietro di sé l'idea di Stato liberale, volto alla primaria tutela della libertà individuale e alla prevenzione prioritaria di ogni forma di offesa<sup>51</sup>, attraverso condizionamenti di tipo psicologico e non fisico – rappresentando questi ultimi una forma di repressione troppo accesa della libertà individuale<sup>52</sup>. Secondo il filosofo, l'azione delittuosa realizza una tensione al piacere in ogni soggetto agente, per neutralizzare la quale si deve agire su un profilo squisitamente psicologico, alterando la sensazione di piacere traibile dal soggetto stesso attraverso la minaccia di un male più consistente del bene godibile con la commissione del reato.

In questa visione, la minaccia della pena, in quanto rappresentazione anticipata del male che verrà inderogabilmente inflitto, funge da contropinta

---

<sup>47</sup> CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, p. 47.

<sup>48</sup> CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, cit., p. 450.

<sup>49</sup> Tale brocardo esprimerebbe non solo un principio di supremazia della legge nella gerarchia delle fonti del diritto penale, emblema del superamento di una concezione meramente morale del reato, bensì anche un principio di tipicità della fattispecie in termini di completezza e determinatezza della norma incriminatrice che riesca a individuare con precisione i beni e gli interessi soggettivi meritevoli di tutela che giustificano la repressione penale. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, p. 98.

<sup>50</sup> CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, cit., p. 275 e ss.

<sup>51</sup> MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 48.

<sup>52</sup> Nota è la provocazione del Feuerbach, che escludeva i condizionamenti di tipo fisico, identificandoli nell'atto di "*mettere tutti i cittadini in catene per essere certi della loro diligenza*".



psicologica alla volontà criminale, in un bilanciamento tutto razionale tra i costi e benefici dell'azione antigiuridica. La *ratio* della pena sta quindi nell'esercizio di una coazione volta ad impedire la commissione di un delitto; la comminazione di essa si giustifica solo e nella misura in cui la coazione psicologica che essa avrebbe dovuto esercitare si è mostrata fallimentare, avendo prevalso una volontà informata e consapevole di direzione opposta nel soggetto agente.

A tale visione si collega indissolubilmente il principio di determinatezza, quale presupposto logico razionale della general-prevenzione: senza norme chiare, determinate, accessibili è totalmente vanificata la funzione della pena. Con maggior impegno esplicativo, il principio di determinatezza, garantendo da un lato, che la condotta cui si applica la pena sia chiaramente definita in tutti i suoi aspetti di concreta verifica, e, dall'altro, che la sanzione inflitta corrisponda esattamente a quella che i consociati temevano si applicasse alle condotte da loro tenute e in relazione alla quale hanno indirizzato le stesse, mira a rafforzare – o meglio, a garantire - la funzione general-preventiva<sup>53</sup>.

Se tale corrispondenza non si realizzasse e, sul piano del diritto positivo, non fossero previamente definiti i contegni illeciti e le sanzioni ad essi collegate, l'inflizione della pena opererebbe in modo del tutto casuale e incontrollato sui consociati, frustrando la general-prevenzione, dal momento che la minaccia di una pena indefinita ovvero conseguente ad una fattispecie dai contorni del tutto evanescenti, non può in alcun modo operare come contropinta psicologica sull'autore<sup>54</sup>. Essa, estranea a qualunque logica di general-prevenzione, opererebbe, infatti, soltanto quale mera restaurazione di un principio assoluto di giustizia - vendetta - o come espiazione per la violazione di un dovere morale – retribuzione morale, logiche entrambe respinte nella visione del filosofo tedesco.

Secondo tale visione, in definitiva, il principio di determinatezza è indissolubilmente legato alla funzione della pena, in chiave general-preventiva e trova in essa il suo fondamento logico.

---

<sup>53</sup> MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 51.

<sup>54</sup> BETTIOL, *Il problema penale*, in *Scritti giuridici*, II, Padova 1966, p. 642; CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, cit., p. 452; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 47.

Non sono d'altra parte mancate critiche alla funzione general-preventiva della pena e, conseguentemente, alla possibilità di trovare in essa il fondamento logico del principio di determinatezza.

Sotto il primo profilo, si fa riferimento, *in primis*, a quella dottrina penale<sup>55</sup>, la quale mette in discussione la tenuta attuale della funzione general-preventiva della pena, rilevando che essa strumentalizza il singolo in una visione di intimidazione *sic et simpliciter* ad efficacia collettiva. Tale funzione risulta in questi termini inconciliabile con il dato costituzionale, imperniato sul finalismo rieducativo e sul divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 27, co. 3, Cost., sulla personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, co. 1, Cost., e sul principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., nonché con i principi immanenti di tutela della dignità umana e di sussidiarietà della sanzione penale. *In secundis*, a quella risalente dottrina<sup>56</sup> la quale riteneva che l'applicazione della pena prescindesse totalmente dalla spiegata efficacia intimidatrice della stessa: ciò si riteneva dimostrato dalla teoria generale del reato, nei termini della quale l'errore di diritto deve ritenersi irrilevante e la coscienza dell'illiceità penale del fatto è esclusa dal fuoco del dolo. L'attualità di questa critica è, come è noto, seriamente compromessa dall'avvento della Carta costituzionale e dell'interpretazione su di essa costruita dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 368 del 1988.

Sul secondo profilo della connessione tra determinatezza e finalità general-preventiva, mentre alcuna dottrina<sup>57</sup>, rilevata *in toto* la scarsa convincibilità della general-prevenzione, ne deduce l'impossibilità di fondare la determinatezza della norma penale su una *ratio* di tipo logico-razionale; altra dottrina<sup>58</sup>, pur descrivendo criticamente alcuni fondamenti della general-prevenzione, non può che riconoscere la grande intuizione del filosofo tedesco, il quale riconobbe nella determinatezza una funzione di chiaro orientamento delle condotte, e, quindi, di deterrenza. Ciò, però con una precisazione: l'aspetto da valorizzare non è affatto

---

<sup>55</sup> MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 98; PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 90.

<sup>56</sup> DELITALIA, *Criteri direttivi del nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, p. 589.

<sup>57</sup> DELITALIA, *Criteri direttivi*, cit., 1935, p. 589.

<sup>58</sup> MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 99.

la severità della sanzione cui incorrerà il reo, da ritenersi anzi contraria al reticolo costituzionale, bensì l'effettività e l'inderogabilità della sua inflizione.

Poco convincente risulta invece altra dottrina<sup>59</sup>, la quale tenta di privare di fondamento la teoria del Feuerbach, sostenendo che l'indeterminatezza della pena, più della determinatezza, spiegherebbe efficacia intimidativa, in quanto caratterizza la sanzione per incertezza e insicurezza, rendendola indecifrabile all'autore della condotta!

### 3. *La fonte positiva*

Il principio di determinatezza trova riconoscimento positivo tanto nella fonte costituzionale, quanto nella fonte ordinaria.

Sotto il profilo della legge fondamentale, il riferimento alla determinatezza è contenuto nell'art. 25, co. 2 e 3, Cost. che, nella sua *ratio*<sup>60</sup> o valenza sostanziale<sup>61</sup>, costituzionalizza il principio di legalità nella fase repressiva e preventiva. Si riconosce altresì nell'art. 13 Cost. un'altra norma volta a positivizzare il principio di determinatezza<sup>62</sup>.

Funzionalmente collegati al principio di determinatezza appaiono inoltre altri articoli della Costituzione<sup>63</sup>: l'art. 112 Cost., dal momento che l'indeterminatezza della fattispecie incriminata non consente di adempiere correttamente all'obbligo di esercitare l'azione penale e rende per giunta ardua la verifica sul rispetto dello stesso; l'art. 24, co. 2, Cost., dal momento che l'esercizio del diritto di difesa è ostacolato fortemente dalla vaghezza di un capo di imputazione che si innesti su una fattispecie indeterminata<sup>64</sup>; art. 25, co. 1, Cost. che esprimerebbe il principio di determinatezza sul piano processuale

---

<sup>59</sup> BOSCARELLI, *Analoga e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955, p. 98.

<sup>60</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 277, ritiene che la *ratio* del divieto di analogia sia proprio l'indeterminatezza del procedimento ermeneutico che la sorregge.

<sup>61</sup> NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, 1969, Padova I, p. 682.

<sup>62</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 278, riconosce che il principio di determinatezza, garantito nella fase cautelare e preventiva dall'art. 13 Cost., non possa essere poi disatteso nella fase definitiva di sacrificio della libertà personale.

<sup>63</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 278; ID., *Legalità e crisi*, cit., p. 210.

<sup>64</sup> In questi termini anche Corte Cost., 13 febbraio 1995, n. 34 in *Giur. cost.*, 1995, p. 362.

vietando la vaghezza dei criteri di attribuzione della competenza al giudice penale, sancendo il principio di predeterminazione del giudice naturale<sup>65</sup>.

Sotto il profilo della legge ordinaria, invece, si stagliano gli artt. 1 e 199 c.p. e l'art. 14 disp. prel.. Vale la pena ricordare che tali articoli trovarono luce in un contesto storico esprimente un intento autoritario e repressivo, il cui animo è stato solo successivamente colorato di una *ratio* garantista e democratica con l'emanazione della Carta costituzionale.

### 3.1. La fonte costituzionale

Sull'analisi della Carta costituzionale, è utile dipanare la nostra indagine, prendendo le mosse dall'art. 25 Cost..

L'art. 25, co. 2, Cost. ha sollevato numerose critiche relative alla sua portata troppo sintetica e in qualche modo apodittica<sup>66</sup>, riferita, almeno nella sua dimensione inequivocabile, al solo principio di irretroattività e di riserva di legge. Tale disposizione, non replicando l'avverbio “*espressamente*” del cronologicamente precedente art. 1 del Codice penale, sembrerebbe escludere, sulla base di un'interpretazione di tipo letterale, la costituzionalizzazione del principio di tassatività-determinatezza<sup>67</sup>. L'art. 25, co. 3, Cost., per parte sua, è stato ritenuto altrettanto impreciso in quanto limita il principio di legalità alle *fattispecie* cui si applicano le misure di sicurezza e non alle *misure di sicurezza* in sé considerate<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> Secondo l'indirizzo interpretativo avviato da Corte Cost., 3 luglio 1962, n. 99, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1962, p. 868.

<sup>66</sup> SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, p. 29.

<sup>67</sup> BOSCARIELLI, *Analogia*, cit., p. 98; ID., *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 5. L'Autore nega che la determinatezza sia un principio espresso nella Costituzione e afferma che piuttosto esso rappresenta un carattere insito nel concetto stesso di diritto, di cui non è neanche necessario affermare l'esigenza, poiché in assenza di esso, semplicemente non c'è norma. L'Autore, esclusa l'opportunità di un controllo di costituzionalità, tuttavia non approfondisce gli strumenti con cui andrebbe garantito nell'ordinamento che le norme possano conservare quei caratteri di determinatezza che le definiscono come tali. Escludono la tassatività-determinatezza dalla portata dell'art. 25, co. 2, Cost. anche AZZARITI, *Il principio di irretroattività e i suoi riflessi di carattere costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, p. 622; ESPOSITO, *L'art. 25 della Costituzione e l'art. 1 del Codice penale*, in *Giur. Cost.*, 1961, I, p. 537; FOSCHINI, *La irretroattività della legge nella costituzione*, in *Riv. pen.* 1957, I, p. 500; FROSALI, *La giustizia penale*, in *Commentario sistematico alla Costituzione di Calamandrei*, I Firenze, 1950, p. 220;

<sup>68</sup> PAGLIARO, *Legge penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, 1973, p. 1041; ID., *Principi di diritto penale*, Milano, 1996, p. 40. L'Autore esclude dalla portata della norma il principio di riserva di legge nella sua dimensione assoluta.

Si è così riconosciuto nel dato lessicale del Codice Rocco, rispetto al dato costituzionale, una maggiore decisività in termini di costituzionalizzazione della determinatezza-tassatività in tutti i suoi aspetti. La dottrina<sup>69</sup>, in particolare, è apparsa sensibile al tema della determinatezza della pena, che costituì oggetto di un aspro dibattito in sede redazionale del testo costituzionale, come dimostrano ampiamente i lavori preparatori alla Costituzione, in cui l'espressione "*e con la pena in essi prevista*" fu in qualche perdita nei dibattiti, per le perplessità che sollevava in tema di successione delle leggi nel tempo<sup>70</sup>. Il mancato riconoscimento esplicito del principio in parola rappresenta, così, un'autentica occasione mancata nel tessuto costituzionale, poiché tale principio manterrebbe rango di legge ordinaria, come tale modificabile con l'intervento di leggi di pari rango.

D'altra parte, numerosi sono stati i tentativi ermeneutici di ampliare *ab interno* la portata dell'art. 25 Cost. includendo un riferimento tacito al principio di determinatezza, quale corollario della legalità<sup>71</sup>.

Dottrina autorevole<sup>72</sup> ha così ritenuto di poter agevolmente rinvenire nel contenuto significativo dell'art. 25 Cost. un riferimento al principio di determinatezza. La problematica principale da superare era, come specificato sopra, l'assenza nella norma costituzionale dell'avverbio "espressamente" utilizzato dal legislatore nel Codice Rocco, art. 1, ritenuto di portata maggiormente inequivocabile e incisiva nella direzione del riconoscimento del principio di tassatività-determinatezza nell'ordinamento italiano. Ebbene, l'Autore citato ritiene facilmente superabile la critica, sol che si ponga in considerazione il fatto che la Costituzione interviene sulla legge ordinaria sempre e solo con l'intento di ampliare e non di restringere le garanzie in essa sancite; per di più, ove la Costituzione decida di appropriarsi di un principio già espresso nella legge

---

<sup>69</sup> ROSSI, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, 1953, p. 156.

<sup>70</sup> Atti dell'Assemblea costituente, vol. III.

<sup>71</sup> CARBONI, *L'inosservanza*, cit., p. 285; MARINI, *Nullum crimen nulla poena sine lege*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, p. 957 il quale si riferisce però più precisamente alla tassatività, come divieto di analogia. Tale principio è di importanza chiave in quanto varrebbe a distinguere illecito penale e illecito amministrativo, secondo il BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973, p. 48.

<sup>72</sup> VASSALLI, *Voce Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., p. 306.

ordinaria, tale principio non può che transitare nella portata ad essa riconosciuto nella legislazione ordinaria in cui esso ha preso vita.

Altra autorevole dottrina<sup>73</sup> ha invece interpretato l'art. 25, co. 2, Cost. come norma esprimente il principio di determinatezza (*rectius*, di tipicità) in base a due argomenti: l'uno sistematico, l'altro letterale e imperniato sul termine "fatto".

Sotto il primo profilo, si è sostenuto che i principi espressi dall'art. 25, Cost. di riserva di legge, divieto di analogia e divieto di retroattività siano accomunati da una *ratio* comune rinvenibile nel rispetto della dignità della persona, quale principio generalissimo che anima dalle fondamenta l'intero diritto penale. tal principio unificatore dei corollari della legalità è ricavabile da due dati di non poco momento. In primo luogo, la collocazione sistematica dell'art. 25 Cost. esprime a pieno il ruolo della norma, quale criterio di posizionamento del cittadino all'interno dell'ordinamento giuridico, e non di distribuzione del potere tra gli organi dello Stato. La norma appare quindi come norma di tutela e garanzia del singolo. In secondo luogo, la fonte costituzionale si qualifica come fonte di natura rigida, per cui la suddetta funzione di garanzia assume un valore primario quale limite intimo al potere normativo dello Stato, che, pur qualificandosi quale espressione di potere democratico, trova un limite eteronomo alla formazione nella necessità di orientare la sua attività regolatrice verso la tutela primaria della dignità della persona umana<sup>74</sup>. Ora, rispetto a questa esigenza, il principio di legalità, comprensivo del divieto di analogia, ma privo del criterio di determinatezza quale limite redazionale nel momento genetico della fattispecie, non può di per sé ritenersi sufficiente a garantire il privato da forme di arbitrio statale.

Sotto il secondo profilo, il termine "fatto" utilizzato nel contenuto lessicale dell'art. 25, co. 2, Cost. non appare riferito né alla nozione rinvenibile dall'interpretazione sistematica dell'art. 47, co. 1, c.p. e dell'art. 59, ult. co., c.p.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> GALLO, *La legge penale*, cit., p. 11 e ss, ripreso dal RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie nell'ordinamento vigente*, cit., p. 107, che ricomprende nel contenuto enunciativo dell'art. 25, co. 2, Cost., il principio di tipicità della fattispecie, che sembrerebbe ricomprendere in sé tassatività, determinatezza e precisione.

<sup>74</sup> RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie nell'ordinamento vigente*, cit., p. 108.

<sup>75</sup> DELITALIA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930.

– e che propone l’insieme di tutti gli elementi oggettivi, positivi e negativi, del fatto – né alla nozione costruita attorno al solo art. 47, co. 1 c.p.<sup>76</sup> – che propone l’insieme degli elementi oggettivi positivi del fatto -. Piuttosto, la nozione, anche per la sua collocazione all’interno della Carta costituzionale, appare richiamare le riflessioni operate dall’autorevolissimo Beling sulla nozione di Tatbestand<sup>77</sup>, come fondamento storico-naturalistico della fattispecie comprensivo tanto degli elementi oggettivi quanto di quelli soggettivi. In questi termini, l’art. 25, co. 2, Cost. non può che imporre al “*legislatore ordinario la predisposizione di modelli di fatto* (n.d.r.: oggettivi e soggettivi) *attraverso i quali sia rispettata l’esigenza di garanzia del cittadino di fronte agli eventuali abusi degli organi di Stato*”, con le ovvie ricadute in termini di principio di tipicità della fattispecie.

Con l’intento di non eclissare il dato letterale e di mantenersi maggiormente fedele al dettato del legislatore costituente, si registra il tentativo, sistematicamente apprezzabile, di autorevole dottrina<sup>78</sup> che ipotizza la possibilità di desumere *ab externo* - rispetto all’art. 25 Cost. - il principio di determinatezza, quale corollario implicito della legalità e, in particolare, quale condizione di effettività tanto del principio di irretroattività quanto del principio di riserva di legge.

Sotto il profilo del divieto di retroattività della norma penale, la presenza di norme indeterminate stimola la creazione di norme di conio giurisprudenziale, che frequentemente trovano genesi in un momento cronologicamente successivo a quello del verificarsi del fatto criminoso, orientato sulla base di un dato normativo incerto, sotto il profilo dei confini di liceità: per garantire l’effettività del principio di irretroattività è quindi necessaria la presenza di norme penali redatte secondo criteri di precisione e determinatezza, altrimenti la norma diviene *posterius* e non *prius* rispetto alla commissione del fatto illecito<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II, parte I, *Il reato, La fattispecie oggettiva*, Milano, 1999.

<sup>77</sup> BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tubingen, 1964.

<sup>78</sup> CARBONI, *L’inosservanza*, cit., p. 278; PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 36; CADOPPI INSOLERA, *Introduzione al sistema penale*, 2006, p. 155.

<sup>79</sup> CARBONI, *L’inosservanza*, cit., p. 286; GRASSO, *Il principio “nullum crimen sine lege” nella Costituzione italiana*, Milano, 1972, p. 18; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 93; NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, p. 40; PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, p. 29.

I due principi, di irretroattività e di determinatezza, appaiono così accomunati da una medesimezza di *ratio* che li anima dal profondo e che si concretizza nell'esigenza di certezza del diritto penale. E così, la determinatezza e l'irretroattività, delimitando con decisione l'area del lecito e l'area dell'illecito, costituiscono la base garantistica di orientamento delle condotte dei consociati, garantendo loro una scelta consapevole e informata<sup>80</sup>.

Si registra, tuttavia, sotto tale profilo, un'opposta dottrina<sup>81</sup>, la quale ritiene che i due principi – di irretroattività e di determinatezza – siano animati da *ratio* giuridiche affatto differenti: l'irretroattività appare ispirata dall'esigenza di *garanzia del cittadino* contro gli abusi del potere statale; laddove la tassatività-determinatezza appare ispirata dall'esigenza di *certezza del diritto*<sup>82</sup>.

Sotto il profilo della riserva di legge assoluta, preliminarmente al dibattito circa la possibile qualificazione del principio di determinatezza come corollario e condizione di effettività del principio di riserva di legge, è necessario distinguere la tesi di coloro i quali<sup>83</sup> sostengono che il principio di riserva di legge interessi solo il “modo di disciplina”, e quindi l'attribuzione di una sanzione penale ad un determinato fatto giuridico, dalla tesi di altri Autori<sup>84</sup> i quali ampliano invece il raggio di influenza della riserva di legge fino a ricomprendere il “campo di

---

<sup>80</sup> SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, cit., p. 25. Peculiare la posizione del PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 35, il quale, pur rinvenendo nella certezza del diritto penale la *ratio* comune dei due principi, arriva a negare che, sotto la prospettiva della certezza del diritto, la determinatezza possa limitarsi ad essere un *mero corollario* dell'irretroattività, dal momento che la prima - esigendo l'irretroattività del risultato interpretativo, ossia della sentenza, e non solo della norma giuridica -, avrebbe una portata molto più estesa della seconda.

<sup>81</sup> SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, 1969, p. 83 e 93; ID., *Ratio di “certezza” e ratio di “garanzia” nella riserva di legge dell'art. 25, 2° comma, della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1969, I, p. 998; VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1968, p. 504 nota 1. Dimostrazione, sul piano del diritto positivo, ne sia che, nel campo delle misure di sicurezza, il principio di irretroattività non trova applicazione ex art. 200 c.p., mentre resta cogente il principio di determinatezza.

<sup>82</sup> Su funzione e *ratio* del principio di determinatezza, si veda più diffusamente di seguito, nel corso della presente trattazione.

<sup>83</sup> AMATO, *Rapporti tra norme primarie e norme secondarie*, 1962, p. 301; DE FRANCO, *Riserva di legge e “determinatezza” delle previsioni di pericolosità sociale ex l. n. 1423 del 1956*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 108; GALLO, *La legge penale (appunti)*, Torino, 1963, p. 12; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003, p. 48; ID., *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1969, p. 700. La visione giuridica implicita, che si cela dietro tale limite al principio di riserva di legge, è una visione incentrata sul diritto penale quale *modalità di regolazione di determinati fatti* e non come *tutela di determinati beni giuridici*.

<sup>84</sup> BRICOLA, *Teoria generale*, cit., p. 42.



materia” e, quindi, la descrizione del fatto tipico che, anche nei suoi connotati specifici, sarebbe di competenza del legislatore ordinario.

In accordo alla prima tesi<sup>85</sup>, la legge non ha signoria esclusiva su tutti gli aspetti del fatto tipico ed è ammessa l’integrazione del precetto da fonti di natura extralegale: non può quindi dal principio di riserva di legge desumersi alcun carattere proprio della norma penale che imponga una descrizione compiuta del fatto – descrizione che, invero, ben potrebbe essere deliberatamente affidata ad altra fonte, esecutivo - regolamentare ovvero, perfino, giudiziale.

Nei termini della seconda tesi<sup>86</sup>, invece, la legge ordinaria, in quanto unica fonte autorizzata a produrre norme giuridiche penali, ha il dovere di descrivere compiutamente il fatto tipico: le norme da essa prodotte devono essere redatte secondo crismi che garantiscano una ricostruzione univoca della fattispecie e non consentano invece di delegare al potere giudiziario il compito di delinearle nei loro contenuti essenziali. Il principio di riserva di legge implica così il principio di determinatezza.

E tuttavia, anche in questa seconda analisi sulla connessione tra due principi corollari della legalità, si rinviene un punto debole, dal momento che si identificano *rationes* eterogenee e non assimilabili permeanti i due principi in parola<sup>87</sup>. Da un lato, la riserva di legge, precludendo l’invasione sul terreno della normazione penale al potere esecutivo - regolamentare, sarebbe tesa ad arginare le intromissioni di un potere a carattere non rappresentativo, sganciato dalle logiche democratiche. Dall’altro, la determinatezza limiterebbe le ingerenze di un potere sicuramente ademocratico, come la magistratura, in quanto non selezionato secondo criteri elettivi; e tuttavia, tale principio presenta profili di complessità più incisivi, poiché il potere giudiziario entra in connessione con il potere legislativo secondo logiche di bilanciamento ben diverse da quelle che regolano i rapporti tra potere esecutivo e potere legislativo, e ad esse non assimilabili in alcun modo, poiché fondate su una reciproca e paritaria indipendenza. Più che ad una *ratio* di

---

<sup>85</sup> PAGLIARO, *Principio di legalità*, cit., p. 701. *Contra*, sotto tale profilo consequenziale, DE FRANCO, *Riserva di legge*, cit., p. 112, che valorizza l’art. 13, co. 2 Cost. in chiave garantista e di tutela della libertà personale.

<sup>86</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 251; CARBONI, *L’inosservanza*, cit., p. 280.

<sup>87</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 39.

democraticità, in definitiva, il principio di determinatezza appare ispirato dal necessario rispetto della certezza del diritto<sup>88</sup>.

Il principio di determinatezza è inoltre stato ricondotto, oltre che all'art. 25, co. 2 e 3, all'art. 13, co. 2, Cost.<sup>89</sup>. Tale norma, nel sancire la riserva di legge e di giurisdizione con riferimento ad ogni restrizione della libertà personale, sembrerebbe imporre una descrizione specifica e precisa delle fattispecie in cui tale restrizione può considerarsi legittima.

Si riconosce quindi l'affermazione del principio di determinatezza con riferimento alle misure cautelari, preliminari alla comminazione della sanzione definitiva. Risulta quindi evidente che, se l'ordinamento riconosce e sancisce il principio di determinatezza con riferimento alla fase preventiva, *a fortiori* tale principio deve essere applicato con riferimento alla fase definitiva di stabilizzazione del giudizio ed emanazione della pena. Ciò anche perché le misure cautelari condividono con le misure afflittive definitive l'oggetto giuridico, nel senso che esse vanno applicate qualora si ritenga fondato ritenere che sia stata commessa un'ipotesi di reato: ove questa fattispecie di reato fosse descritta in termini indeterminati, automaticamente anche la misura cautelare non potrebbe che riferirsi a una fattispecie dai contorni fumosi, con frustrazione del principio sancito nell'art. 13 Cost.

D'altra parte, l'interpretazione letterale della norma in questione potrebbe condurre ad un diverso esito interpretativo: essa mostra, sotto un profilo strettamente testuale, una portata significativa più ristretta, facendo esclusivo riferimento al divieto di analogia e, quindi, al principio di tassatività; non già a quello di determinatezza. Tuttavia, può verosimilmente sostenersi che il divieto di analogia e quello di formulare norme indeterminate siano mossi da una medesima *ratio*, per cui il divieto di analogia implicherebbe il principio di determinatezza<sup>90</sup>.

Altra norma costituzionale connessa al principio di determinatezza è l'art. 27, co. 1<sup>91</sup>, che, nell'evidenziare la personalità della responsabilità penale, impone la connessione del fatto di reato ad una fattispecie riconoscibile dal consociato.

---

<sup>88</sup> In questi termini anche BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., p. 211.

<sup>89</sup> BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., p. 209.

<sup>90</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., 40.

<sup>91</sup> MOCCIA, *La promessa*, cit., p. 28.

Tale fattispecie non può quindi mostrarsi oscura e al di fuori del controllo e delle scelte di condotta dell'agente, quale sarebbe una fattispecie dai confini labili e sfuggenti.

Decisamente condivisibile risulta infine l'opinione di quella dottrina penalistica<sup>92</sup> che, adottando una visione d'insieme, nega la possibilità di ricondurre il principio ad una specifica norma giuridica costituzionale od ordinaria e lo ritiene piuttosto espressione di uno spirito intimo che permea l'intero tessuto costituzionale; ovvero di quella dottrina<sup>93</sup> che opera un'interpretazione sistematica delle norme costituzionali che si riferiscono alla legalità, per rinvenire un reticolo garantista inattaccabile intimamente radicato nella nostra cultura giuridica e esprime la necessità di riconoscere a gran voce il principio di determinatezza.

Prima di passare all'analisi specifica delle norme ordinarie fondanti il principio di determinatezza, non va sottaciuto il riferimento contenuto nell'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, al principio di legalità.

La norma in esame, per vero, presenta confini contenutistici fumosi ed è caratterizzata da una genericità tale da rendere irrintracciabili i crismi della determinatezza e della tassatività e da porre a rischio perfino la tenuta del principio di riserva di legge, pesantemente scalfito dall'inclusione tra le fonti del diritto penale dei "principi generali riconosciuti dalle nazioni civili"<sup>94</sup>. L'unico riferimento inequivocabile è al principio di non retroattività della norma penale.

### 3.2. *La fonte ordinaria*

Con riferimento alle norme ordinarie, numerosi sono i riferimenti al principio di determinatezza contenuti nel Codice Penale. L'art. 1 c.p. enuncia il principio di legalità con espresso riferimento al reato e alle conseguenze

---

<sup>92</sup> BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., p. 210. Il NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953, p. 2 ritiene che il principio di determinatezza sia espressione intima della natura e della funzione delle norme penali come norme di comando, sebbene non sia riconosciuto in una specifica norma costituzionale. Con il timore che le norme indeterminate non vengano espunte dall'ordinamento per assenza di un parametro costituzionale preciso attraverso il quale metterle a sistema, l'Autore invita il giurista a denunciare vigorosamente il difetto redazionale delle fattispecie in ottica di salvaguardia della certezza e delle libertà civili e politiche.

<sup>93</sup> MOCCIA, *La promessa*, cit., p. 28; SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, cit., p. 29.

<sup>94</sup> CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, p. 108 ritiene che, se vi sono margini di apertura verso un divieto di analogia, è sicuramente da escludere dal contenuto enunciativo dell'art. 7 CEDU ogni riferimento alla tassatività.

sanzionatorie e, con l'utilizzo del termine "espressamente", contiene un inequivocabile richiamo alla determinatezza<sup>95</sup>; l'art. 199 c.p. e l'art. 236 c.p. ne costituiscono il *pendant* con riferimento alle misure di sicurezza in generale e a quelle patrimoniali in particolare. L'art. 2, co. 1, ribadisce il principio di legalità in materia penale. Infine, l'art. 14 disp. sulla legge in generale vieta l'utilizzo del procedimento analogico in materia penale, precisandone i limiti<sup>96</sup>.

Vi è poi l'art. 38 dell' "Ordinamento penitenziario" (l. 26 luglio 1975, n. 354) che sancisce il principio di determinatezza con riferimento alle infrazioni commesse dai detenuti.

Si è già discusso, nel paragrafo che precede, del problema della costituzionalizzazione del principio di tassatività-determinatezza e della portata significativa più decisa, riconosciuta nel tessuto normativo del Codice Rocco, rispetto alla Carta costituzionale.

Circa la portata degli articoli 1 e 199 c.p., non va peraltro sottaciuta la profonda peculiarità del terreno socio-politico su cui affonda le radici il principio di legalità sancito nel Codice penale: l'autoritarismo tipico del regime fascista, di cui l'art. 1 c.p. costituisce espressione, ha ben poco da dividere con il garantismo e la difesa delle libertà individuali che permeano il substrato dell'art. 25 Cost.<sup>97</sup>.

Proprio in relazione a tale aspetto, a dispetto della più ampia chiarezza espositiva riconosciuta al dettato della legge ordinaria, non v'è chi non sostenga<sup>98</sup> che, prima dell'intervento della Costituzione rigida, fosse possibile inferire da tali articoli solo un riferimento al divieto di analogia nei confronti del giudice, in sintonia con il principio di legalità in funzione autoritaria che proponeva lo Stato fascista e all'esclusività del potere esso stesso aspirava ad arrogarsi. Viceversa, non era possibile cogliere una volontà statale di autolimitare il legislatore nella redazione di fattispecie dal carattere fumoso che nascondessero analogie implicite - come le note locuzioni "casi simili" o "casi analoghi" - di cui infatti è

---

<sup>95</sup> Diversa l'opinione dell'ESPOSITO, *L'art. 25 della Costituzione e l'art. 1 del Codice penale*, cit., p. 539 il quale ritiene escluso il principio di determinatezza dal contenuto enunciativo dell'art. 1 c.p., che viceversa si limiterebbe a vietare fattispecie a tal punto vaghe, indeterminate generiche e contenutisticamente povere da potersi definire solo attraverso il ricorso all'analogia.

<sup>96</sup> Sull'analogia in generale, BOSCARELLI, *Analogia*, cit.; VASSALLI, *Analogia nel diritto penale*, in *Noviss. dig. it., I*, p. I, Torino, 1958, p. 607.

<sup>97</sup> NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, cit., p. 682.

<sup>98</sup> MARINI, *Nullum crimen nulla poena sine lege*, cit., p. 957.

manifestamente ricco il Codice Rocco. Tale intento è stato sancito in modo evidente solo con l'introduzione dell'art. 25, co. 2 e 3, Cost.<sup>99</sup> o, meglio, con l'introduzione della Carta costituzionale, considerata nella sua portata innovativa globale.

Diversamente, altra dottrina<sup>100</sup> ribalta completamente i termini del dibattito, risolvendo il problema della mancata costituzionalizzazione esplicita del principio di determinatezza attraverso il riconoscimento di un rango superiore agli artt. 1 e 199 c.p. del Codice Rocco. L'Autore investe di un valore pregnante le norme in parola poiché, in quanto volte alla tutela di diritti individuali, avrebbero natura giuridica di norme di costituzione materiale<sup>101</sup>. Esse esprimerebbero in modo più completo i principi di cui all'art. 25 Cost. e necessiterebbero, in quanto parte di integrante della Costituzione, del procedimento di revisione costituzionale ex art. 138 Cost. per la loro modifica. La loro valenza sistematica, anche prima dell'introduzione della Costituzione rigida, induceva all'evidenziazione di un generale disegno ordinamentale volto a valorizzare il principio di legalità in tutti i suoi corollari, compreso il principio di determinatezza<sup>102</sup>.

#### 4. *Fondamento e ratio*

Con riferimento alla teleologia e al fondamento del principio di determinatezza inserito nel più vasto principio di stretta legalità, la dottrina<sup>103</sup> non ha mancato di sottolineare la poliedricità del principio e la sua riconducibilità ad una varietà di funzioni spesso non riducibili *ad unum* ed anzi, non di rado, ritenute in contrasto tra loro, nell'inestinguibile conflitto tra fondamenti universali e logici e fondamenti contingenti e politici del principio di legalità<sup>104</sup>. Esso è ritenuto

---

<sup>99</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 300.

<sup>100</sup> PAGLIARO, *Legge penale*, cit., p. 1041; ID., *Principi*, cit., p. 41.

<sup>101</sup> Sul concetto di costituzione materiale, MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 176.

<sup>102</sup> Aspre sul punto le critiche di PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 30, a parer del quale è effettivamente vero che il pregio delle citate norme ordinarie è quello di esprimere con plastica evidenza formale il principio di determinatezza - evidenza carente nel caustico testo costituzionale. Ma delle due l'una: o il contenuto delle norme, ordinaria e costituzionale, è omogeneo e allora la duplicazione della fonte del principio di determinatezza sarebbe un'inutile superfetazione; ovvero, il contenuto delle due norme sarebbe eterogeneo e non potrebbe allora parlarsi di costituzione materiale, poiché la legge ordinaria contrasterebbe il testo costituzionale.

<sup>103</sup> MARINI, *Nullum crimen nulla poena sine lege*, cit., p. 957; PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 52.

<sup>104</sup> NUVOLONE, *Il sistema*, cit., p. 47.

espressione di esigenze decisamente composite, tra le quali non è possibile stabilire un ordine gerarchico<sup>105</sup>.

E' peraltro possibile, seguendo la *summa divisio* di autorevole dottrina<sup>106</sup>, ripartire le *rationes* che permeano il principio di determinatezza in due categorie concettuali: una *ratio* c.d. logico-razionale, legata alla tutela di valori universali, quali la certezza e l'uguaglianza, che emancipano tale principio dal contesto storico, sociale e politico<sup>107</sup> e lo erigono a valore assoluto e inderogabile in *malam* come in *bonam partem*<sup>108</sup>; e una *ratio* c.d. politica, legata invece all'assetto statale e alla conformazione del potere, che, rigettando l'ontologica appartenenza della determinatezza alle categorie logico-razionali, contestualizzano maggiormente la determinatezza e la legano strumentalmente alla forma di potere attuata in un determinato momento storico<sup>109</sup>.

Diversa e trasversale la ripartizione operata da altra dottrina che valorizza la teleologia della determinatezza sotto un duplice profilo latamente politico che assorbe in sé le categorie logico-razionali e politico-garantiste<sup>110</sup>. E così le funzioni del principio di determinatezza sono distinguibili in funzioni di politica del diritto, in generale, e funzioni di politica criminale, con particolare riferimento alla materia penale, che assorbono in sé i valori della certezza e dell'uguaglianza.

#### 4.1. Il fondamento logico-razionale: la certezza e l'uguaglianza

Il fondamento logico-razionale del principio di determinatezza è individuato in due diverse componenti teleologiche: la certezza del diritto e l'uguaglianza.

Il profilo della certezza del diritto, quale obiettivo irrinunciabile da perseguire attraverso il rispetto del principio di determinatezza è stato oggetto di approfondita analisi dottrina<sup>111</sup>, sia con riferimento alla dignità e al valore della

---

<sup>105</sup> MARINI, *Nullum crimen nulla poena sine lege*, cit., p. 952.

<sup>106</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 102.

<sup>107</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 103.

<sup>108</sup> MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 59.

<sup>109</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 53.

<sup>110</sup> MOCCIA, *La promessa*, cit., p. 14.

<sup>111</sup> Fondano il principio di determinatezza sulla certezza del diritto e sulla necessità di garantire attraverso di essa la sicurezza e la libertà del cittadino da intromissioni del potere giudiziario il BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., p. 184; SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, cit., p. 25. Diversamente, nega la centralità della certezza, quale funzione primaria e fondamento della

certezza quale obiettivo *ex se* considerato in un sistema giuridico sociale<sup>112</sup>, sia con riferimento all'efficacia strumentale del principio di determinatezza e alla capacità di quest'ultimo di garantire il valore della certezza del diritto<sup>113</sup>.

Preliminare all'analisi dei due profili predetti, è la chiarificazione di cosa si intenda per certezza del diritto. Con essa si intende sia la conoscibilità della norma incriminatrice da parte del cittadino (certezza soggettiva), sia la sicurezza circa l'operatività ed effettività dell'azione giudiziaria, che non esiti ingiustificatamente e senza un criterio decifrabile, ad applicare la conseguenza sanzionatoria minacciata nel precetto (certezza obiettiva)<sup>114</sup>. Essa può coinvolgere il profilo della conoscibilità del sistema normativo, il profilo del funzionamento del pubblico potere e perfino il comportamento dei privati e i fatti naturali<sup>115</sup>.

Sotto altro profilo si è rilevato che la certezza del diritto è concetto che opera su un duplice piano: nel rapporto norma-cittadino e nel rapporto norma-giudice<sup>116</sup>. La certezza si identifica, così, con la possibilità per il cittadino di prevedere, con un discreto margine di correttezza, la qualificazione giuridica che il giudice attribuirà ad una determinata condotta illecita. E tale *chance* cresce proporzionalmente con l'aumento del livello di determinatezza e di linearità riscontrabile nel sistema normativo. In tale visione, il cittadino - e non solo il tecnico del diritto - deve essere in grado di conoscere e comprendere il dato testuale in forza del quale operare un deciso orientamento della propria condotta.

Delineato così il concetto di certezza del diritto, i parametri di realizzazione di esso sono essenzialmente la stabilità, intesa come continuità temporale sufficientemente apprezzabile nelle conseguenze sanzionatorie applicate ad una certa fattispecie (cd. identità nel tempo); l'uniformità di

---

determinatezza, della tassatività e della legalità in generale, il BOSCARIELLI, *Analogia*, cit., p. 98 che valorizza invece la libertà individuale come fulcro e *ratio* intima del diritto penale. L'argomento della certezza quale fulcro teleologico della determinatezza è compiutamente analizzato anche dal PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 54 e ss. il quale trae spunto dalle riflessioni sulla certezza del diritto in generale operate da CORSALE, *La certezza del diritto*, Milano, 1970; LONGO, *Certezza del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, vol. III, Torino, 1959, p. 124 e ss.; LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968, per operare delle riflessioni più specifiche sulla certezza nel diritto penale.

<sup>112</sup> BOBBIO, *la certezza del diritto è un mito?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1, 1951, p. 146 e ss.; LONGO, *Certezza del diritto*, cit., p. 125 e ss..

<sup>113</sup> BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1986, p. 132.

<sup>114</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 55.

<sup>115</sup> LONGO, *Certezza del diritto*, cit., p. 125.

<sup>116</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 294.

trattamento giuridico operata dai diversi uffici giudiziari dislocati sul territorio (cd. identità nello spazio); l'immancabilità e inderogabilità delle conseguenze giuridiche<sup>117</sup>.

Va infine tenuta presente, sotto il profilo socio-politico, la distinzione che si opera tra certezza *giuridica*, che si realizza quando l'uniformità del tessuto sociale consente di identificare nella legge non uno strumento repressivo calato dall'alto ma una semplice portavoce di un'ideologia comune largamente condivisa; e certezza *legale* che si realizza all'opposto quando l'aspro contrasto sociale e l'assenza di un sostrato ideologico comune obbliga a rinvenire nella legge una soluzione di compromesso cui affidarsi in ogni momento di conflitto sociale per reperire le soluzioni che rendano possibile la convivenza civile.

Definito l'*ubi consistam* del concetto di certezza del diritto, ne va analizzata la dignità quale valore assoluto da tutelare e realizzare in un sistema sociale. Sul punto si registra un aspro dibattito che vede contrapposte, da un alto, le tesi di stampo giusnaturalistico, che vedono la certezza del diritto come un aspetto immanente al sistema normativo e che non abbisogna di particolari strumenti per essere garantita, in quanto attiene alla natura intima delle cose; dall'altro le tesi dei giuristi positivisti, a loro volta suddivisi in due correnti: coloro che vedono nella certezza del diritto un elemento essenziale del sistema politico che va garantito ad ogni costo, dal momento che esso opera quale limite invalicabile all'operatività del potere normativo sovrano e coloro che, identificando *iussum* e *iustum*, dequotano il valore della certezza in favore di un'assoluta libertà del potere normativo sovrano<sup>118</sup>.

Intenso è stato quindi il tentativo di sfatare il mito della certezza del diritto, imponendo il modello di un giudice creatore della norma e ponendo in evidenza l'"inadeguatezza della legge alla vita"<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 57.

<sup>118</sup> LONGO, *Certezza del diritto*, cit., p. 126.

<sup>119</sup> Sul punto preziosa si rivela l'analisi di BOBBIO, *la certezza è un mito?*, cit., p. 146 e ss. che trae spunto dalla pubblicazione del best-seller americano JEROME FRANK, *Law and modern mind*, New York, 1949, progetto letterario che, inserendosi nella Scuola del "libero diritto", mirava a distruggere il mito della certezza del diritto, riprendendo spunti molto in voga offerti dalla psicoanalisi, e ricollegando la necessità avvertita dall'uomo di certezza del diritto con il bisogno infantile di ritrovare l'autorità paterna in ogni fase della vita; necessità vista come mito irraggiungibile, della quale – si diceva – era tempo che l'uomo si liberasse.



D'altra parte, altrettanto intensa è stata la difesa della certezza del diritto da parte di autorevoli giuristi<sup>120</sup>: tale valore non è riducibile ad un' improvvisata esigenza autoritaria di tipo psicologico, ad una spinta a carattere religioso, ovvero ad un meccanismo racchiudibile entro logiche di tipo scientifico, se no sacrificando del tutto la natura storica e logica del problema della certezza del diritto<sup>121</sup>. La certezza è un valore intrinseco al concetto stesso di diritto, una qualità indefettibile dello stesso; rappresenta un baluardo contro l'arbitrio e la disuguaglianza, che affonda le radici nella storia dell'umanità<sup>122</sup>. Tale esigenza non può che essere ancora più avvertita in rami dell'ordinamento, quale è quello penale, in cui è in gioco il diritto alla libertà personale<sup>123</sup>.

Ebbene, delineate le differenti visioni sulla dignità della certezza quale valore assoluto da perseguire nel diritto penale e affermata la sua natura di elemento indefettibile di un sistema giuridico che aspiri a porsi tale, è necessario valutare l'effettiva strumentalità della determinatezza ai fini della tutela della certezza. E' infatti tutto da verificare se un sistema giuridico fondato sul principio di legalità e sulla valorizzazione della determinatezza sia maggiormente in grado di garantire il valore della certezza del diritto.

Tale analisi ci conduce a differenziare i sistemi di *civil law* e i sistemi di *common law*, valorizzando una realistica alternativa alla determinatezza per garantire il valore della certezza del diritto. Tale certezza può essere infatti tutelata secondo due differenti percorsi, che devono ritenersi tra loro fungibili.

Una prima strada è affermare la centralità del potere legislativo, come sintesi meditata ma *definitiva* delle diverse componenti ideologiche che permeano

---

<sup>120</sup> BOBBIO, *la certezza è un mito?*, cit., p. 150.

<sup>121</sup> Per un interessante e completo confronto storico sul valore della certezza, si veda il PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 60 e ss. - per la cui bibliografia di riferimento si rinvia alle relative note bibliografiche - il quale enumera le critiche ideologiche e scientifiche mosse al valore della certezza: sotto il primo profilo, l'Autore passa dalle critiche psicologiche di Frank alle critiche religiose dell'esistenzialismo di Kierkegaard, fino ad approdare alle critiche politiche legate alle derive totalitarie, da un lato, e alla difesa e autoconservazione dei valori individualistici della società borghese, dall'altro; sotto il secondo profilo, l'Autore fa riferimento alle critiche scientifiche volte a valorizzare il diritto giurisprudenziale come argine ad un'irrealizzabile certezza del diritto scritto. L'Autore in ultima analisi opera uno smantellamento delle critiche al valore della certezza e riqualifica la stessa quale valore di riferimento del diritto penale.

<sup>122</sup> BOBBIO, *la certezza è un mito?*, cit., p. 151.

<sup>123</sup> *Contra*, BOSCARELLI, *Nullum crimen sine lege*, cit., p. 5, a parer del quale "sembra frutto di un equivoco la pretesa che l'istanza della certezza rivesta nel campo del diritto penale una incondizionabilità da ritenersi istituzionalmente estranea ad altre branche dell'ordinamento giuridico, e addirittura prescritta dalla Costituzione".

il tessuto sociale, cui il singolo possa affidarsi una volta per tutte, confidando nella stabilità del risultato dialettico cui sono giunte le forze al potere. Per assicurare che tale risultato sia realmente definitivo e stabile è altresì necessario garantire che con il potere legislativo non concorrano poteri diversi, ad esso affini, ma contrapposti – quale è il potere giudiziario -, soprattutto qualora essi non siano caratterizzati da compattezza ideologica e da uniformità di vedute, bensì si identifichino in un coacervo di opinioni divergenti, che non trovano, in un organo centralizzato, un momento di adeguata sintesi. Ove si realizzasse una concorrenza di potere del tipo delineato infatti, si renderebbe soggettivo il dato legislativo, creta nelle mani di interpreti isolati e non coordinati tra loro, conducendo alla produzione di un diritto casuale e del tutto imprevedibile.

Una seconda strada è invece quella di valorizzare il potere giudiziario, pur mantenendo un'ossatura legislativa generica e parziale, garantendo al contempo che nel potere giudiziario si inverino quei caratteri di stabilità e definitività del dato normativo, che abbiamo visto essere caratteristiche essenziali di un sistema ordinamentale che voglia garantire la certezza del diritto. Ebbene, premesso che la scelta di accentrare il potere normativo nelle mani della magistratura è improntata alla volontà di valorizzare il momento concreto di manifestazione della condotta per fondare su di esso una valutazione informata e completa dei dati di pratica verifica, ove un sistema di questo tipo voglia garantire stabilità e definitività del dato normativo, è necessario che predisponga un metodo di controllo delle decisioni giudiziarie e di uniformazione delle stesse. Tale metodo è realizzato nei sistemi di *common law* attraverso la *law of precedence*.

Date queste premesse, risulta così evidente che, nei sistemi di *common law*, le clausole generali – simbolo di un sistema legislativo indeterminato -, predisposte da una legge che opera quale fonte del diritto non esclusiva ma concorrente e ancillare, operano come espediente estremamente duttile nelle mani della giurisprudenza. Tale giurisprudenza, infatti, fonte del diritto, affina le proprie tecniche esegetiche, tenendo sempre presente l'efficacia vincolante del precedente e mantenendo quindi il dato normativo del tutto affidabile.

Con riferimento ai sistemi di *civil law*, all'opposto, le clausole generali non possono che risultare strumenti, non solo banditi dal principio di

determinatezza, ma soprattutto fallimentari perché utilizzate da una giurisprudenza non compatta né informata ad una dottrina del precedente vincolante. La nostra giurisprudenza appare infatti contraddittoria e non uniformata per tradizione storico giuridica; il suo utilizzo delle clausole generali non può far altro che riempire il dato normativo di un contenuto vagante, disuniforme e in definitiva del tutto imprevedibile e incerto. Nei sistemi di *civil law*, di conseguenza, la chiarezza e limpidezza tecnica delle norme – i.e. la determinatezza – risulta un corollario irrinunciabile del principio di legalità poiché, sotto il profilo logico-razionale, garantisce al meglio la stabilità e l'uniformità del diritto, quali componenti della certezza legale.

Sotto l'aspetto logico-razionale, anche il profilo dell'eguaglianza è stato valorizzato dalla dottrina<sup>124</sup> in relazione alla determinatezza, poiché, in un sistema giudiziario improntato alla libertà di interpretazione, quanto più la fattispecie è descritta in modo preciso e chiaro e i suoi confini sono decisi e netti, tanto più si riducono i margini di discrasia tra le decisioni giudiziarie: una norma determinata ha il pregio di garantire un procedimento esegetico lineare, che collega ad una fattispecie definita conseguenze sanzionatorie prevedibili con un ampio margine di certezza. Ciò consente di ridurre la disuguaglianza dei consociati e il rischio che a condotte equivalenti corrispondano limitazioni diseguali della libertà, legate agli esiti di un procedimento ermeneutico totalmente soggettivo.

Chiaramente, tale teoria fa riferimento all'uguaglianza *giurisdizionale*, di cui agli art. 101, co. 2, Cost. e 3 Cost., nella sua portata generale<sup>125</sup>, cioè alla parità di trattamento giuridico che deve risultare dall'applicazione della norma da parte del giudice, che si distingue dall'eguaglianza *legislativa* di cui all'art. 3, co. 1, Cost., eguaglianza normativa riferita al momento, a monte, logicamente e cronologicamente precedente all'applicazione, ossia al momento creativo delle fattispecie incriminatrici, le quali, se eguali, esigono conseguenze giuridiche equivalenti; se diverse, esigono conseguenze giuridiche eterogenee<sup>126</sup>.

Per vero, la tesi esposta che ritiene il valore dell'uguaglianza maggiormente garantito dalla determinatezza del sistema normativo è posta in

---

<sup>124</sup> MOCCIA, *La promessa*, cit., p. 14; PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 75.

<sup>125</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 80.

<sup>126</sup> PALADIN, *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 521.

dubbio da quella dottrina<sup>127</sup> che viceversa collega biunivocamente l'*indeterminatezza* della norma con la garanzia di uguaglianza – uguaglianza, quest'ultima, intesa nella sua accezione sostanziale<sup>128</sup>.

Il binomio indeterminatezza-uguaglianza poggia sulla considerazione per cui la rigidità eccessiva della norma non consentirebbe al giudice, in sede applicativa, di operare un'analisi approfondita del caso concreto e di tutte le sue peculiarità che, distinguendolo dalle altre fattispecie simili, dovrebbero essere valorizzate in sede giudiziale per realizzare un'effettiva eguaglianza sostanziale<sup>129</sup>. Si recupera per questa via il valore e la dignità dell'eccezione, che possono essere attenzionati solo nel contesto di un diritto più vicino al caso concreto e slegato da formalismi e generalizzazioni. Sembra per questa via profilarsi una contrapposizione tra legalità e giustizia che trova nel giudizio concreto consentito da una normazione indeterminata il suo punto di incontro<sup>130</sup>.

D'altra parte, tale capziosa contrapposizione di opinioni dottrinarie si giustifica valorizzando i diversi profili di indagine privilegiati dalle teorie esposte<sup>131</sup>: chi esalta il binomio determinatezza-uguaglianza considera tanto più realizzata l'uguaglianza di trattamento - c.d. astratta o formale - quanto più il giudice possa utilizzare il criterio della tipicità, ossia della conformità della fattispecie al tipo legale, poiché il legislatore a monte - e solo lui - deve operare la selezione delle condotte punibili; viceversa, chi esalta il binomio indeterminatezza-uguaglianza ritiene tanto più tutelata l'uguaglianza di trattamento - c.d. concreta o sostanziale - quanto più il giudice, nel momento applicativo, possa cogliere ed esaltare il contenuto significativo delle fattispecie sottoposte al suo giudizio<sup>132</sup>.

---

<sup>127</sup> Tale dottrina, di matrice tedesca, è menzionata dal PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 82, nota 118, con relative indicazioni bibliografiche.

<sup>128</sup> Aspramente critico nei confronti di questa visione, BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1986, p. 134.

<sup>129</sup> In proposito si veda la contrapposizione dottrinaria richiamata dal RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie nell'ordinamento vigente*, cit., p. 10, il quale critica aspramente le teorie che collegano la discrezionalità e l'indeterminatezza con la valorizzazione dei profili di concretezza dell'azione e di uguaglianza sostanziale.

<sup>130</sup> CARNELUTTI, *Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, p. 119.

<sup>131</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 86.

<sup>132</sup> Sul concetto di tipicità e conformità al tipo, VASSALLI, *Tipicità*, cit., p. 536.

Peraltro, si è sottolineato<sup>133</sup> che, seppur la determinatezza possa peccare in qualche modo di non valorizzare nel grado massimo l'uguaglianza sostanziale; tuttavia l'indeterminatezza, oltre a non garantirla comunque con sicurezza, vanificherebbe anche la certezza del diritto.

Invero, ancor più precisa risulta la posizione di altra dottrina<sup>134</sup>, la quale evidenzia sì la connessione con il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost., ma della discrezionalità, non già dell'indeterminatezza. L'Autore sottolinea che, mentre l'indeterminatezza esclude ogni profilo di certezza e uguaglianza poiché presuppone sempre e comunque un arbitrio, è la discrezionalità – ben diversa dalla indeterminatezza – a garantire più alti profili di uguaglianza sostanziale, in quanto il legislatore, riconosciuti i suoi limiti ordinatori, sceglie di delegare al campo pratico la considerazione di profili che non potrebbero essere valorizzati e regolati una volta per tutte sul piano teorico, se non sacrificando appunto il principio di uguaglianza sostanziale. In termini sostanzialmente analoghi, ma ancora più incisivi, si è rilevato<sup>135</sup> come la discrezionalità ex art. 133 e 134 c.p. sia una categoria giuridica assolutamente imprescindibile nel nostro ordinamento e rifletta addirittura una chiara opzione del legislatore costituzionale resa esplicita nell'art. 3 Cost.. Per questa via, si ritiene incostituzionale una disposizione incriminatrice che, individuando una pena in ammontare fisso, non consenta al giudice la valorizzazione di quei profili di concretezza, attinenti alla capacità a delinquere e alla gravità del reato, che altro non sono se non proiezioni del concetto di uguaglianza sostanziale scolpito nell'art. 3 Cost..

#### *4.2. Il fondamento logico-razionale: la funzione della pena o della norma penale*

Infine, colloca la determinatezza entro le categorie logico-razionali del pensiero giuridico altra parte della dottrina, la quale rinviene il fondamento del principio di determinatezza nella funzione della pena ovvero nella funzione della

---

<sup>133</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 82.

<sup>134</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 287. Si rinvia inoltre alle riflessioni svolte nel precedente par. 1.2 e in particolare alla posizione del GALLO, come riportata in STILE, *Il convegno di Napoli sui problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 1250.

<sup>135</sup> DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1974, p. 345.

norma giuridica, quale precetto generale ed astratto<sup>136</sup>, o, con più puntuale riferimento alla norma penale, quale norma di comando<sup>137</sup>.

Con riferimento alla prima visione, si è già ampiamente discusso della connessione tra funzione generalpreventiva della pena e principio di determinatezza elaborata dal filosofo tedesco Anselm Feuerbach. Sia consentito solo di precisare che le considerazioni ivi svolte hanno l'effetto di collocare la determinatezza, per il tramite della teleologia della pena, nell'alveo delle categorie logico-razionali<sup>138</sup>.

Altra connessione rinvenuta dalla dottrina<sup>139</sup> è quella che lega l'indeterminatezza alla funzione di prevenzione speciale della pena, nel senso che, quanto più è avvertita l'esigenza di difesa sociale, tanto più gli elementi della fattispecie diventano elastici, creando spazio di operatività all'attività interpretativa. Con maggior impegno esplicativo, la valorizzazione della funzione di prevenzione speciale tende a porre in evidenza nel momento applicativo della sanzione penale la personalità dell'agente e la sua individuale posizione rispetto alla trasgressione del comando. Nel momento della valorizzazione della personalità dell'agente emergono istanze di concretezza che si oppongono ad una normazione determinata che stabilisca una volta per tutte ed in astratto la conseguenza giuridica di un preciso contegno illecito. Sennonché, dottrina autorevole<sup>140</sup> ha sapientemente precisato che un approccio favorevole all'esaltazione della concretezza in opposizione all'astrattezza, lungi dal condurre all'utilizzo di elementi indeterminati, banditi dal dettato costituzionale e conducenti ad un mero arbitrio di giudizio, indirizza invece ad una norma *discrezionale*, che il legislatore redige, preso atto delle istanze concrete, lasciando spazio all'interpretazione caso per caso, e finalizzando quest'ultima soltanto quanto allo scopo da perseguire – nel caso di specie, la prevenzione speciale.

---

<sup>136</sup> GRASSO, *Il principio "nullum crimen sine lege" nella Costituzione italiana*, cit., p. 14.

<sup>137</sup> La teoria che collega determinatezza e funzione di comando della norma penale è espressione del pensiero giuridico del NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, cit., p. 2.

<sup>138</sup> Critico sulla collocazione logico-razionale della determinatezza con particolare riferimento a questo principio, DELITALIA, *Criteri direttivi*, cit., p. 589.

<sup>139</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 187; BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 130; ID., *Pena retributiva e poteri discrezionali del giudice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, p. 116.

<sup>140</sup> NUVOLONE, *Il principio di legalità e il principio della difesa sociale*, in *Studi in memoria di Franco Grispigni*, 1956, p. 240.

Con riferimento alla funzione della norma penale, invece, si fa riferimento a quella dottrina autorevole<sup>141</sup> che individua due funzioni alternative della norma penale: il comando - quando la norma opera quale veicolo di trasferimento della volontà statuale sulla volontà dei singoli consociati, che siano capaci di avvertire la forza dell'imperativo giuridico - e la garanzia - quando la norma opera quale argine di protezione a tutela di determinati beni giuridici e presuppone l'intervento dello Stato indipendentemente dalla violazione di determinate norme di condotta. Caso tipico di norme di garanzia, che appaiono ispirate da un'esigenza di difesa sociale, sono le norme che disciplinano le misure di sicurezza<sup>142</sup>.

Nella prima ipotesi, la norma incontra, quale suo destinatario privilegiato, qualunque consociato; e la sanzione penale opera come castigo inflitto a seguito della condotta di inottemperanza libera e consapevole, tenuta da un soggetto imputabile. La determinatezza in tal caso opera quale limite logico di tipo obiettivo<sup>143</sup> all'operatività della norma penale quale norma di comando, poiché, se il comando non è chiaro, il soggetto ontologicamente non è messo in condizione di ottemperarlo poiché non ne conosce con sufficiente chiarezza il contenuto precettivo.

Secondo l'Autore<sup>144</sup> peraltro, se è connaturale alla norma di comando la determinatezza del precetto, non altrettanto può dirsi con riferimento alla sanzione, poiché per l'implementazione conoscitiva della norma non è indispensabile conoscere la durata precisa della pena. Il principio di determinatezza del precetto pertanto poggia le basi su un fondamento di tipo logico-razionale; mentre il principio di determinatezza della pena poggia le basi su un fondamento di tipo essenzialmente politico.

Nella seconda ipotesi, invece, il destinatario della norma di garanzia è il giudice, il quale agisce a tutela della libertà dei consociati. In questa ipotesi, l'esigenza di tassatività è attenuata sotto il profilo logico e può quindi tollerarsi

---

<sup>141</sup> NUVOLONE, *Il principio di legalità*, cit., p. 239. L'Autore è richiamato da BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 292.

<sup>142</sup> NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, cit., p. 683.

<sup>143</sup> NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, cit., p. 2. Tale limite logico obiettivo si contrappone a quello soggettivo costituito dalla normalità fisiopsichica (*rectius*, imputabilità) dell'agente.

<sup>144</sup> NUVOLONE, *Il principio di legalità*, cit., p. 239.

una maggiore elasticità sotto il profilo della determinatezza normativa e dell'attribuzione di discrezionalità al giudice<sup>145</sup>, poiché unico limite logico di tali norme è l'adeguatezza del mezzo al fine<sup>146</sup>.

Fulcro di questa teoria è la strumentalità logica della determinatezza alla funzione di comando della norma penale.

Va peraltro precisato - come è stato evidenziato da autorevole dottrina<sup>147</sup> - che in questa visione<sup>148</sup> l'assenza di determinatezza, nella teoria generale del reato, non influenza la colpevolezza, nel senso che non agisce, esautorandola, sulla colpevolezza - di cui non è quindi presupposto giuridico bensì solo logico - ma opera come categoria giuridico concettuale, in assenza della quale è la stessa norma di comando a non potersi definire tale.

In questa scia si inserisce però la riflessione della giurisprudenza che sembra in qualche modo creare un ponte di collegamento logico tra l'indeterminatezza della fattispecie e la colpevolezza. Si fa riferimento ad un arresto storico della nostra Corte costituzionale<sup>149</sup>, su cui avremo modo di soffermarci nel corso della presente trattazione, che nello stabilire la rilevanza giuridica dell'errore di diritto scusabile, ritiene che sia esclusa la colpevolezza quando dall'assoluta oscurità del testo legislativo derivi un'erronea interpretazione del contenuto precettivo della norma. L'indeterminatezza esclude la colpevolezza.

Altra dottrina<sup>150</sup> aveva inoltre rilevato, ancor prima dell'intervento correttivo sull'art. 5 c.p. di cui si è testé detto, che, sul piano pratico, l'indeterminatezza degli elementi normativi influenza fortemente la colpevolezza, nella misura in cui moltiplica le ipotesi di errore *ex art. 47, co. 1 e 3 c.p.*, che escludono la colpevolezza. Ciò, poiché il soggetto agente incorre più facilmente in una falsa rappresentazione penalmente rilevante degli elementi della fattispecie,

---

<sup>145</sup> NUVOLONE, *Il principio di legalità*, cit., p. 240, richiamato dal BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 296.

<sup>146</sup> NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, cit., p. 683.

<sup>147</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 98 esaltando quest'aspetto delinea la differenza tra il pensiero del giurista italiano e il pensiero di Sax, a parer del quale la determinatezza opererebbe come presupposto giuridico - e non solo logico - della colpevolezza.

<sup>148</sup> NUVOLONE, *Il sistema*, cit., p. 279 e ss..

<sup>149</sup> E' la nota sentenza Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 368, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 686.

<sup>150</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 296.



quando questi siano indeterminati, come l'oscenità o il senso del pudore<sup>151</sup>. In tali casi infatti, le *chance* di contrasto tra la lettura del concetto fornita dal giudice e quella proposta dal comune cittadino si alzano notevolmente, creando, sul piano di politica criminale, degli spazi di impunità intollerabili e indebolendo la forza cogente della norma.

Le dottrine che rilevano un fondamento logico razionale del tipo predetto alla determinatezza non sono state esenti da critiche. In particolare, si segnala autorevole dottrina<sup>152</sup> la quale contesta, sotto un duplice profilo - logico e concreto - l'assolutezza del principio e il legame tra determinatezza, conoscenza del comando e capacità intimidatrice. Sul piano logico, è criticabile l'associazione tra certezza, conoscenza e capacità intimidatrice della norma penale dal momento che la chiarezza della norma agevola, ma non garantisce, la conoscenza di essa, in relazione alla quale operano piuttosto diversi parametri, esogeni dal metodo di formulazione della fattispecie, quali il rispetto del dovere di informazione e il livello culturale generale dei consociati. Sul piano concreto, d'altra parte, si rileva come, in sistemi non improntati alla legalità né tantomeno alla determinatezza, come quelli di *common law*<sup>153</sup>, nondimeno la sanzione penale spieghi appieno la propria efficacia intimidatrice, dissolvendo in tal modo il nesso tra determinatezza e funzione intimidatrice della pena. Tale dottrina ritiene quindi che il vero elemento chiave per garantire l'efficacia intimidatrice della pena sia l'implacabilità della stessa.

#### 4.3. Il fondamento politico

Il fondamento politico sancisce invece un legame indissolubile di interdipendenza tra il principio di determinatezza e la forma di Stato, stabilendo una corrispondenza biunivoca tra determinatezza e Stato liberale, caratterizzato, quest'ultimo, dal principio di separazione di poteri e dall'esaltazione del garantismo e delle libertà individuali. Di regola, coloro che identificano la

---

<sup>151</sup> Pervero, BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 164, riporta anche un indirizzo risalente contrastante con quello riportato, alla stregua del quale non sarebbe rilevante l'errore sugli elementi indeterminati della fattispecie, come l'oscenità della propria condotta, escludendo che possa esserci errore laddove la valutazione del concetto indeterminato sia caratterizzata da discrezionalità. In tali casi, persisterebbe la colpevolezza dell'agente

<sup>152</sup> MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 59.

<sup>153</sup> L'aspetto sarà approfondito di seguito.

determinatezza quale corollario della separazione dei poteri e del garantismo negano in qualche modo il fondamento logico-razionale del principio e la sua portata universale, ritenendolo principio estraneo alle categorie concettuali immanenti al diritto e piuttosto esaltandolo a manifesto contingente della forma di Stato liberale contrapposta alla forma di Stato totalitario.

Va peraltro precisato che le due visioni possono convivere in una visione promotrice del pluralismo teleologico del principio di determinatezza. Autorevole dottrina<sup>154</sup> ritiene infatti il principio di determinatezza orientato, da un lato, a funzioni di politica del diritto, legate al contingente sistema di distribuzione del potere; dall'altro, a funzioni più strettamente politico-criminali, legate alla funzione della sanzione penale. Le funzioni di politica del diritto sono connesse sia al concetto di Stato di diritto e al principio di separazione dei poteri, sia alle categorie c.d. logico-razionali immanenti al sistema penale, quali l'uguaglianza, dal momento che la determinatezza contribuisce a ridurre i margini di discrasia tra le decisioni giudiziarie. Mentre le funzioni più strettamente politico-criminali sono connesse e funzionali alle finalità della pena e affondano le radici nel pensiero filosofico di Feuerbach.

Venendo al fondamento politico-garantista del principio di determinatezza, emerge il suo legame con il principio democratico, fondato sulla montesquiana separazione dei poteri<sup>155</sup>. Ogni decisione che, bilanciando le diverse esigenze sociali, decida che ad un certo contegno debba conseguire la restrizione della libertà personale dei consociati non può che spettare ai consociati stessi o, meglio, a coloro che, secondo un principio di schietta rappresentatività, sono chiamati dal popolo a veicolarne l'ideologia e il pensiero politico. Affidare ad organi estranei allo schema rappresentativo - quale è l'organo giudiziario - la selezione delle fattispecie cui si collega la sanzione penale, significa interferire nel sistema democratico e soggiogare il cittadino ad un potere incontrollabile e sovrano. Il principio di determinatezza si collega così alla supremazia della legge sul potere giudiziario<sup>156</sup> e ne garantisce la piena effettività: una norma dai confini fumosi

---

<sup>154</sup> MOCCIA, *La promessa*, cit., p. 14 e ss..

<sup>155</sup> MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit..

<sup>156</sup> A tal proposito, notevoli le precisazioni del PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 41 il quale analizza i rapporti tra potere legislativo, giudiziario ed esecutivo. La sottoposizione del giudice alla legge non equivale a sottomissione del potere giudiziario al potere legislativo: è necessario garantire una

consente - e talvolta, rende perfino necessarie - intromissioni intollerabili da parte della magistratura nel momento genetico della norma, attraverso un'attività ermeneutica che rischia di divenire schiettamente creativa, a discapito della garanzia di democraticità.

Rispetto alla dignità intrinseca, all'attualità e alla tenuta del principio di separazione dei poteri, in dottrina sono state sollevate perplessità, talvolta degenerate in critiche penetranti<sup>157</sup>. La linea conduttrice di tale critiche si attestava sulle peculiarità del terreno storico sociale su cui tale principio affonda le radici, a partire dall'affermazione di esso ad opera dei teorizzatori inglesi, tra i quali si distinse Locke<sup>158</sup>. Tali radici sono state individuate nell'insofferenza verso lo strapotere corrotto dei giudici, rispetto al quale il principio di separazione malcelava un intento demolitorio.

Inoltre, la teorizzazione anche di epoca successiva ad opera di Montesquieu promuoveva una divisione dei poteri che, in qualche modo, ripercorreva il contrasto tra le classi sociali caratterizzante il periodo dell'Illuminismo: la contrapposizione tra borghesia, avviluppata sul dogma della primazia della legge in funzione di affermazione del proprio spazio di libertà e potere, e la classe nobiliare, placidamente cullata nelle logiche di gestione del potere distribuita tra il sovrano e la corrotta classe dei giudici. In tale visione, l'intento malcelato del principio di separazione era di annullare il potere della magistratura per garantire l'ascesa del potere legislativo, espressione della neonata classe borghese: in tale chiave era esaltata la supremazia della legge, prima ancora che quale espressione di una fiducia cieca nella bontà dello strumento legislativo in quanto tale<sup>159</sup>.

---

decisa indipendenza tra i due poteri e non cadere nel tranello di soggiogare l'organo giudiziario all'organo parlamentare. L'Autore enumera i tentativi falliti di intaccare tale reciproca indipendenza e analizza il tessuto costituzionale volto ad enfatizzare l'autonomia dell'organo giudiziario e la necessità di proteggerlo da influenze esterne.

<sup>157</sup> DELITALIA, *Criteri direttivi*, cit., p. 588 qualifica la separazione dei poteri quale mero "criterio di direttiva, principio politico che soffre dovunque di notevoli eccezioni"; MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1968, p. 472 e ss. analizza criticamente la tenuta attuale del principio nella nostra Carta Costituzionale. PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 140 e ss. enumera diverse teorie di matrice tedesca volte a demolire sotto diversi profili la centralità del principio di separazione dei poteri.

<sup>158</sup> BASSI, *Il principio di separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, p. 25 e ss..

<sup>159</sup> BOSCARELLI, *Analogia*, cit., p. 96.

Il sintomo di tale intento distruttivo nei confronti del potere giudiziario - intento non già costruttivo nei confronti del legislativo nè promotore di una equilibrata gestione del triplice volto del potere - si manifesta nel fatto che lo stesso Montesquieu trascura la valenza ancipite del principio di separazione di poteri, imperniato sì sulla supremazia della legge, ma anche sull'indipendenza reciproca dei poteri. In particolare, il filosofo francese minimizza l'aspetto della necessaria indipendenza del potere giudiziario dagli altri poteri, e lo riduce ad una mera costola di essi<sup>160</sup>. Autorevole dottrina<sup>161</sup> evidenzia come i primi progetti legislativi in epoca precedente alla Rivoluzione francese trasudassero una volontà di limitare i poteri giudiziari, riducendo la figura del giudice ad automa e bocca della legge, ma non lasciassero trasparire un'altrettanto decisa valenza garantista del principio di supremazia della legge, strumentalizzato invece in funzione autoritaria.

Tuttavia, a dispetto delle critiche, il principio di separazione conserva la sua schietta attualità e innegabile appare, come visto, il suo legame con il principio di determinatezza della norma penale.

Tornando al legame tra principio di determinatezza e forme di Stato, si assiste ad un'associazione vigorosa tra principio di determinatezza e Stato liberale, da un lato, e principio di indeterminatezza e Stato totalitario, dall'altro<sup>162</sup>.

La corrispondenza biunivoca tra forme di Stato e modalità di redazione delle fattispecie incriminatrici si spiega, nel primo caso, nella strumentalità della determinatezza rispetto alla garanzia delle libertà individuali e alla separazione dei poteri sopra evidenziata, caratteristiche chiave dello Stato liberale; e, nel secondo caso, nella strumentalità della indeterminatezza rispetto ad un sistema

---

<sup>160</sup> *Contra*, MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, cit., p. 477 il quale, effettuato un excursus diacronico delle teorizzazioni del principio di separazione dei poteri, evidenzia proprio nella consapevolezza della necessità di pesi e contrappesi tra i vari poteri l'elemento di schietta originalità del pensiero del Montesquieu rispetto al Locke. L'Autore riconosce piuttosto in Locke i predetti limiti.

<sup>161</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 149-150.

<sup>162</sup> BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 129 e ss.; ID., *Pena retributiva e poteri discrezionali del giudice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, p. 113; ID., *Il problema penale*, in *Scritti giuridici*, II, Padova 1966, p. 642. L'Autore ritiene in particolare la stretta legalità avanzata nell'ambiente illuminista espressione di un liberismo di destra, promotore di un astrattismo meccanicizzato che svilisce le peculiarità dei singoli. Tale movimento trovò i suoi correttivi, attraverso una valorizzazione della concretezza, solo con l'avvento del positivismo criminologico. Si segnala inoltre che l'Autore analizza anche i profili di intersezione tra potere discrezionale e sistemi retributivi, rilevando come negli ordinamenti che valorizzano la funzione retributiva della pena, siano scarsissimi i margini lasciati alla discrezionalità del giudice.

ordinamentale finalisticamente orientato alla tutela di scopi prefissati dall'alto, rispetto ai quali la libertà dell'individuo scompare e si stempera nella tutela dello Stato totalitario e del sistema di valori di cui esso è portatore. Nei sistemi totalitari, così, è chiaramente auspicabile conservare una fumosità del comando per poter rendere cangiante la fattispecie e il provvedimento punitivo ed adeguarli di volta in volta agli scopi perseguiti dalla massima autorità<sup>163</sup>. In tal caso, l'ideologia di fondo è talmente radicata nella compagine dei consociati che può tollerarsi un potere diffuso che coinvolga anche la classe giudiziaria<sup>164</sup>, della quale si garantisce una dipendenza assoluta dall'autorità sovrana<sup>165</sup>.

Nel sistema totalitario, dunque, l'indeterminatezza della fattispecie si concretizza in un sistema normativo carente in modo pressoché totale di un significato di tipo valutativo espresso nella norma, che possa condurre il giudice in una direzione interpretativa piuttosto che in un'altra. Gli elementi indeterminati in questo caso restano strumenti muti nelle mani dell'interprete che li piegherà all'ideologia dominante.

Autorevole dottrina<sup>166</sup> ha, d'altra parte, sottolineato come il rischio che si corre nel redigere fattispecie indeterminate sia maggiormente avvertito in un modello statale di tipo liberal-democratico, in cui la tutelata pluralità ideologica che plasma il substrato sociale conduce ad una pluralità di parametri valutativi cui orientare l'esegesi di una norma carente sotto il profilo della determinatezza. Con maggior impegno esplicativo, laddove il modello ideologico sia condiviso in modo diffuso, anche una norma dotata di un parametro valutativo teoricamente ambivalente troverà un'esegesi unificata nel modello culturale imposto nello Stato totalitario. Il rischio che si corre con una normativa indeterminata in uno Stato

---

<sup>163</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 111 e ss. cita, quali esempi di Stati totalitari fondati sulla pluralità di fonti normative, la Repubblica Popolare cinese e la Germania nazionalsocialista.

<sup>164</sup> Per comprendere il clima ideologico degli Stati cui si fa riferimento, sia consentito un rinvio alle parole del PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano della scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, p. 11, che nel riferirsi alla conoscenza richiesta ad ogni magistrato degno del suo ufficio, scrive "più che una semplice conoscenza deve trattarsi di una vera e propria penetrazione spirituale nel mondo politico da cui ha origine la norma, dandosi con ciò ingresso nell'interpretazione del diritto anche a quegli elementi di intuizione e di sentimento che non possono esserle estranei". L'Autore riteneva che soltanto la dommatica, in quanto espressione dei principi della logica, esulasse dalla sfera di influenza della politica.

<sup>165</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 132.

<sup>166</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 185.

illiberale è quindi un rischio calcolato, perché la classe giudiziaria che opererà l'esegesi normativa sarà permeata dei medesimi valori della classe reggente.

Questo importante parametro della condivisione dell'ideologia nel substrato culturale di un popolo, ci porta ad un'ulteriore categoria di Stato, che attenua, sotto il profilo della determinatezza, la contrapposizione delineata tra Stato liberale ed illiberale<sup>167</sup>: laddove il sistema di valori non sia caratterizzato da un'ideologia così pervasiva e radicata nel tessuto sociale come quella dei sistemi totalitari, e tuttavia sia presente una modalità accentrata di gestione del potere, si delinea lo Stato autoritario. Tale tipologia di gestione del potere, seppur contrapposta all'impostazione liberale, può ben imperniarsi – e per di più si impernia, come dimostra la storia - su un sistema giuridico criminale che esalta il principio di legalità<sup>168</sup>. Tuttavia, in tal caso, dietro la proclamata supremazia della legge, non si ergono logiche garantiste e di tutela delle libertà individuali bensì si staglia la supremazia assoluta dell'autorità sovrana che si autoproclama quale unica fonte di produzione del diritto<sup>169</sup>. Qui, la scelta di escludere la classe giudiziaria dall'alveo degli organi atti a produrre norme è motivata da una sfiducia nella stessa e mira a non lasciare margini di dissenso laddove non sia facilmente garantita la cooperazione<sup>170</sup>. In tali casi, uno Stato che non ha contribuito storicamente in maniera profonda ad un'ideologia veramente sentita e condivisa

---

<sup>167</sup> Per la verità il GRASSO, *Il principio "nullum crimen sine lege" nella Costituzione italiana*, cit., p. 9 rompe l'associazione tra Stato liberale e principio di legalità-determinatezza sotto un duplice profilo: da un lato, prendendo in considerazione lo Stato autoritario, dimostra la possibilità di un binomio tra determinatezza e Stato illiberale; dall'altro, prendendo in considerazione i sistemi di common law, dimostra la pratica configurabilità di una corrispondenza tra indeterminatezza e Stato liberale.

<sup>168</sup> RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie nell'ordinamento vigente*, cit., p. 19.

<sup>169</sup> Significative a tal proposito le parole del PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano*, cit., p. 3 e ss., giurista autorevole, espressione dell'ideologia fascista, per il quale "(...) il principio *nullum crimen sine poena sine lege*, ben lungi dall'essere rimasto nel nostro codice come sopravvivenza di mentalità illuministica e liberale, vi rappresenta invece, per spontanea naturale efficienza del suo contenuto, una delle basi più solide del regime autoritario.". Si veda anche il DELITALIA, *Criteri direttivi*, cit., p. 592, il quale, riferendosi all'analogia, e contrapponendosi alla dottrina tedesca ove tale strumento era chiaramente consentito e riempito di contenuti con il riferimento al sano sentimento popolare, ebbe ad affermare che "(l'analogia) lungi dal corrispondere ai principi di uno Stato autoritario, è con essi in contrasto. Non rafforza il potere esecutivo, ma quello giurisdizionale, e non è chi non veda come il principio di autorità possa essere scosso anche da un eccessivo potere degli organi giudiziari.". Si veda anche NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, cit., p. 682.

<sup>170</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 117 ritiene sfumata la contrapposizione tra Stato totalitario-determinatezza e Stato liberale-indeterminatezza anche negli Stati totalitari, che, come la Russia, dopo una prima fase di assestamento, mirino poi a consolidare il potere attraverso l'introduzione del principio di legalità.

dal popolo non può correre il rischio di consentire un potere normativo diffuso, perché, nelle nicchie di pluralismo ideologico che esso ha lasciato, può insidiarsi un parametro valutativo che sposti l'ago della bilancia lontano dai valori imposti dall'autorità<sup>171</sup>.

#### 4.4. *Il fondamento garantista*

Sotto altro profilo, il principio di determinatezza è legato, oltre che ad un fondamento squisitamente politico, ad una *ratio* di tipo garantista, con una duplice funzione: da un lato, implementando la conoscibilità dell'impianto normativo, consente una scelta più consapevole ai consociati verso l'azione lecita ovvero illecita, valorizzando il profilo della colpevolezza nella teoria generale del reato; e, dall'altro, per sua stessa natura, è volto a tutelare in massimo grado gli spazi di libertà dell'individuo, contribuendo alla valorizzazione del principio di frammentarietà<sup>172</sup>.

La prima funzione, di garanzia di conoscibilità della norma penale, è di plastica evidenza poiché leggi determinate, chiare, lessicalmente accessibili sono dominabili con maggiore facilità dal profano del diritto. E, per converso, qualunque spazio di libertà che non sia sufficientemente e con certezza delimitato entro i confini del lecito si traduce in una non-libertà, poiché i consociati esiteranno ad esercitare diritti su cui opera la scure dell'arbitrio giudiziario o autoritario<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> Si pensi all'Italia fascista e all'impianto ideologico del Codice Rocco per cui si rinvia a PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano*, cit., 1941, p. 3 e ss. il quale rigetta l'idea del diritto fondato sul caso concreto e delegato al giudice, quale interprete del sano sentimento popolare propugnata nel diritto tedesco, e propende per un sistema fondato sul principio di legalità che, da un lato, non tradisca la natura dello stesso concetto di diritto e che, dall'altro, tuteli i principi dello Stato autoritario. In questi termini anche, NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, cit., p. 682. Diversamente, si veda DELOGU, *L'elemento politico nel codice penale*, in *Arch. pen.*, 1945, p. 171, il quale, all'indomani della caduta del regime, si attivò per difendere il Codice Rocco, in quanto espressione di principi non legati allo Stato fascista ma fedeli alla tradizione giuridica italiana.

<sup>172</sup> Sottolinea la connessione tra determinatezza e frammentarietà del diritto penale, analizzata in chiave costituzionalmente garantita, il BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., p. 184.

<sup>173</sup> DELITALIA, *Criteri direttivi*, cit., p. 586.

In tal modo, la conoscibilità della norma, quale esigenza primaria da tutelare, può contribuire a implementare l'operatività pratica del principio di colpevolezza<sup>174</sup>.

Con riferimento alla seconda funzione, di schietta tutela della libertà individuale, la determinatezza della norma penale sortisce l'effetto di autolimitare il potere statale e di restringere e circoscrivere l'intento repressivo entro strette e anguste maglie lessicali<sup>175</sup> che, riaffermando la frammentarietà del diritto penale, scongiurano la creazione di sconfinati spazi di illiceità e repressione<sup>176</sup>. Il legame tra frammentarietà e determinatezza non va affatto trascurato, dal momento che la frammentarietà assume ormai natura di principio costituzionalmente garantito: la determinatezza del sistema penale nel suo complesso, attraverso la precisione lessicale, consente al cittadino di meglio discernere globalmente l'area del lecito e quella dell'illecito, operando una selezione decisa degli interessi valorizzati nel reticolo costituzionale, in piena linea con la frammentarietà. D'altra parte, la determinatezza delle singole norme di parte speciale atomisticamente considerate consente anche in questo caso di individuare con plastica evidenza il bene legislativamente selezionato a sostegno e *ratio* dell'incriminazione<sup>177</sup>.

In definitiva e irando le fila delle riflessioni sulla teleologia della determinatezza, potrebbe sembrare che la determinatezza sconti il limite di trascurare interessi e valori di tipo sostanziale e collettivo, che travalicando il dato formale e testuale della norma e il principio di stretta tipicità, fuoriescono dall'ambito di tutela garantito dal diritto penale. Sotto tale profilo, è forte la tentazione di ritenere il principio di determinatezza, nato in un contesto di ribellione della borghesia al potere sovrano, espressione di una logica utilitaristico-pragmatica di conservazione di interessi egoistici e di contrapposizione all'interesse sociale comune, che non trova sfogo nel dato testuale<sup>178</sup>.

---

<sup>174</sup> Sui rapporti tra determinatezza e colpevolezza, PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 169 analizza la dottrina tedesca particolarmente prolifica su tale tematica.

<sup>175</sup> PETTOELLO MANTOVANI, *Il valore problematico della scienza penalistica*, Palermo, 1961, p. 67.

<sup>176</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., 171.

<sup>177</sup> BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., p. 184.

<sup>178</sup> Sul legame tra indeterminazione e uguaglianza e tra indeterminazione e sintonia con un sistema di valori totalitario, v. supra.



Purtuttavia, autorevole dottrina<sup>179</sup> ha correttamente rilevato che, *in primis*, asservire il sistema giuridico ad un valore sostanziale significa disegnare uno Stato integralista e ideologicamente assoluto, come ricorda l'esperienza degli Stati totalitari, dove il passo dalla repressione dell'azione alla repressione della mera cogitazione rischia di diventare breve, con alto sacrificio del principio di materialità.

*In secundis*, la corretta chiave di lettura dell'Illuminismo è da ritenersi identificabile più che in un utilitarismo senza frontiere, in una valorizzazione della dignità dell'uomo visto come fine e non come mezzo per garantire la sopravvivenza degli ideali di Stato.

Infine, è stato correttamente rilevato che, mentre il rischio della determinatezza è di trascurare in qualche modo l'interesse sostanziale, il rischio dell'indeterminatezza è di gran lunga più alto: asservire totalmente la libertà individuale all'interesse collettivo di volta in volta valorizzato dall'autorità al governo in un determinato momento storico e dalla classe giudiziaria; si tratta quindi di uno strumento neutro nelle mani di un potere illimitato. Diversamente, la determinatezza, per quanto possa, nelle sue manifestazioni "patologiche"<sup>180</sup>, celare dietro il presidio della legge una mera volontà di riaffermare il valore dell'autorità, finisce comunque sempre per tutelare la libertà individuale attraverso la realizzazione del valore costituzionale della frammentarietà, in quanto si pone come autolimitazione del potere statale.

---

<sup>179</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 173 e ss..

<sup>180</sup> E cioè nei governi autoritari.

## Capitolo II

### *L'EFFETTIVITÀ DEL PRINCIPIO E LE PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE*

#### *1. Il nuovo volto dello Stato di diritto: la crisi della determinatezza*

Con il tramonto dello Stato liberale e la nascita dello Stato di diritto, gli equilibri tra i poteri dello Stato si sono sensibilmente modificati e aspro è stato il dibattito circa l'attualità e la tenuta del principio di determinatezza, corollario della legalità, traguardo della riforma illuministica.

Da un lato, infatti, gli obiettivi del nuovo Stato di diritto si allontanano dalla prospettiva di un liberismo individualista<sup>181</sup> e dall'ottica di garanzia "negativa" di protezione delle libertà del singolo contro l'invasione esterna. Il singolo diviene persona e la sua multiformità si sviluppa nel contesto sociale. Lo Stato, in questa nuova costruzione del concetto di individuo, si pone in un'ottica positiva e interventista, garantendo non più solo la libertà del singolo e la sua protezione dall'ambiente esterno, bensì l'eliminazione degli ostacoli allo sviluppo della sua personalità nel contesto sociale.

Dall'altro, nel mutato contesto sociale, il giudice, da corrotto dispensatore di "ingiustizia" e appannaggio del potere sovrano, è gradualmente divenuto garante della legalità e controllore del rispetto del principio di legalità da parte del potere esecutivo, prima, e del legislativo, poi. Ciò avviene con il controllo giurisdizionale di legittimità degli atti della p.a., affidato oggi al g.a.; e con il controllo di conformità a Costituzione delle leggi<sup>182</sup>.

Sotto il primo profilo, per le ragioni analizzate nel capitolo precedente, non appare tuttavia convincente sostenere che gli obiettivi di eguaglianza e giustizia che si pongono oggi prioritari nel mutato contesto costituzionale siano meglio perseguibili attraverso una legislazione indeterminata che proceda per clausole generali<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> Per il legame tra principio di stretta legalità e liberismo di destra, BETTIOL, *Il problema penale*, in *Scritti giuridici*, II, Padova 1966, p. 642

<sup>182</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 175.

<sup>183</sup> L'opinione è stata sostenuta ampiamente dalla dottrina tedesca, come illustra il PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 185.

Sotto il secondo profilo, non può sottacersi che, pur nel mutato ruolo assunto dalla magistratura, essa continui a presentare un grave difetto di legittimazione poiché risulta slegata da ogni crisma di democraticità e quindi scevra da qualsivoglia logica di controllo sul proprio agire e di corrispondente responsabilità per le proprie scelte. Rispetto a tale problematica, ancora del tutto aperto appare il dibattito circa le forme di controllo su tale potere, il quale risulta tutt'oggi a-democratico e in qualche modo irresponsabile.

A tal proposito non appare del tutto soddisfacente l'opinione di chi<sup>184</sup> ritiene garantito tale crisma attraverso il principio della sottoposizione del giudice alla legge.

D'altra parte, non v'è chi non ritenga insufficiente tale tipo di garanzia e proponga piuttosto di implementare metodi di reclutamento delle nuove risorse fondati su controlli di tipo psicologico<sup>185</sup>. Tale prospettiva ci sembra condivisibile, nella misura in cui un meccanismo di idoneità psicologica si mostri idoneo, da un lato, a consentire quell'equilibrio nel giudizio che si pone come prerequisito di una decisione conforme a diritto; dall'altro, a verificare che il magistrato stesso mostri una solidità morale e una forza di intelletto che gli consentano di resistere alle pervasive pressioni esterne che possono socialmente derivare dallo svolgimento di un'attività sì delicata.

Sembra invece pericoloso implementare forme di controllo a carattere politico che realizzano l'obiettivo della legittimazione democratica della magistratura attraverso un controllo affidato al Parlamento o ad organi ad esso collegati. Ciò, perché il privilegio del potere legislativo a discapito del giudiziario

---

<sup>184</sup> PIZZORUSSO, *Introduzione*, in PIZZORUSSO, *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, p. 43. L'Autore esamina criticamente i tentativi portati avanti dalla dottrina di risolvere il problema della legittimazione del potere giudiziario, ora rinvenendo nella magistratura una latente forma di rappresentatività per così dire "a campione", e cioè fondata sulla probabilità che le opinioni politiche del personale giudiziario selezionato per concorso rispecchino più o meno in termini proporzionali quelle dell'elettorato; ora ritenendo l'operato dei magistrati controllabile dall'opinione pubblica attraverso l'esercizio del diritto di critica, che arriverebbe a configurare una sorta di responsabilità politica dei magistrati.

<sup>185</sup> Su questo tema, non può che rinviarsi all'approfonditissimo studio a più mani presente in AA. VV., *La selezione dei magistrati: prospettive psicologiche*, Milano, 1976.

non sembra in linea con il dettato costituzionale, che privilegia l'indipendenza del potere giudiziario e una equi - ordinazione tra i poteri<sup>186</sup>.

Infine, non va sottovalutato quel minimo di controllo sulla magistratura che è necessario consentire attraverso il diritto di critica e di cronaca giudiziaria, considerati in questo settore i “cani di guardia della democrazia”, tenendo tuttavia ben presenti i limiti di esercitabilità di tale diritto, che, da un lato, debbono garantire il rispetto dei canoni di verità, pertinenza e continenza e dall'altro, debbono consentire l'esercizio del diritto di replica degli stessi magistrati, notoriamente tenuti ad un obbligo morale di discrezione in ambito pubblico. Rispetto a tale profilo si è parlato, impropriamente, di responsabilità politica<sup>187</sup>.

A fronte della verificata assenza di criteri completi e soddisfacenti di controllo dell'attività giudiziaria, risulta, pur nel delineato modificato contesto storico-sociale attuale, mantenere un livello di determinatezza nella formulazione della fattispecie<sup>188</sup> che consenta al giudice di non oltrepassare i limiti di interpretazione che si confanno alla sua attività di applicazione della legge, affinché la sua attività non sfoci in una creazione normativa *tout court*, rispetto alla quale egli non appare in alcun modo legittimato.

Se la dottrina è concorde sulla necessità di mantenere ben saldo il principio di determinatezza, si registra invece un certo dibattito circa il grado con cui essa debba essere intesa e garantita nel nostro ordinamento attuale.

Sul punto, si segnala l'opinione - poco condivisibile perché utopistica e nella pratica rischiosa – di una autorevole dottrina<sup>189</sup> che ipotizza un'ideale legislazione penale per principi fondata sull'individuazione di pochi benigiuridici tutelati su cui si deve impennare il giudizio discrezionale del giudice, riducendo la tassatività a criterio meramente ermeneutico: si dovrebbero privilegiare norme flessibili e generiche che consentano al giudice di adeguare la decisione alle

---

<sup>186</sup> PIZZORUSSO, *Introduzione*, cit., p. 54. L'Autore ritiene ammissibile una forma di controllo governativo della magistratura con riferimento alla funzione requirente ed auspicava già negli anni '70 una conseguente separazione delle carriere tra magistratura requirente e giudicante.

<sup>187</sup> RAMAT, *Responsabilità politica della magistratura*, in *Foro amm.*, 1969, II, p. 15; SENESE, *Sovranità popolare e amministrazione della giustizia*, in *Quale giustizia*, 1973, p. 381. Critico sul punto, RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Milano, 1967, p. 22 e 116.

<sup>188</sup> MOCCIA, *La promessa*, cit., p. 26 il quale si riferisce all'inesauribile esigenza di determinatezza quale costante dell'Illuminismo giusnaturalista come del moderno Stato di diritto.

<sup>189</sup> SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it.*, 1976, p. 51; ID., *Diritto criminale e scienza del diritto criminale. Oggetto e metodo della dommatica criminale e della criminologia*, in *Giur. it.*, 1990, vol. 2, parte IV, p. 516.

esigenze del caso concreto, pur nel rispetto dei criteri restrittivi che l'operazione analogica impone. In tal modo si concilierebbe, a parer dell'Autore, legalità formale e legalità sostanziale. Infelice corollario di questa tesi, che attribuisce al giudice un'ampia discrezionalità decisionale e lo allontana dall'analisi della fattispecie tipica, è la necessità di riconoscere al giudice una legittimazione democratica attraverso un metodo di reclutamento non più schiettamente meritocratico e concorsuale, bensì elettivo.

Su una linea più diplomatica si attesta quella dottrina<sup>190</sup>, condivisibile, secondo la quale è ineliminabile il carattere aperto della fattispecie, in cui di frequente i termini possono assumere plurimi significati. Nell'idea dell'Autore, la cura all'indeterminatezza endemica del linguaggio si deve esigere dall'azione di dottrina e giurisprudenza: la prima, chiamata ad un atto di profonda responsabilizzazione nel chiarire con onestà intellettuale, e senza aspirare inutili contrasti, la portata di concetti portanti del diritto penale; la seconda, chiamata ad un atto dovuto di *self restraint* rispetto alle forzature interpretative nelle quali è spesso tentata di incorrere, anche ove mossa da "buona fede" e dalla volontà di ampliare il raggio di tutela dei beni giuridici.

Ci sembra infine che colga nel segno l'opinione di autorevole dottrina che brillantemente afferma che il principio di determinatezza "*tende ad evitare non l'indeterminatezza che la legge presenta rispetto al caso concreto quale conseguenza insopprimibile dei suoi caratteri di <<generalità>> e <<astrattezza>>, malattia incurabile del diritto, ma l'indeterminatezza che si manifesta già al livello del precetto generale ed astratto, precludendo di stabilire a priori ciò che è comandato o vietato*"<sup>191</sup>.

A prescindere dal dibattito circa il livello di determinatezza che idealmente dovrebbe attuarsi in un ordinamento, deve tristemente riscontrarsi una decisa perdita di questo valore<sup>192</sup>, in qualunque grado lo si voglia intendere, e un'autentica crisi della legalità<sup>193</sup>.

---

<sup>190</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2008, p. 81.

<sup>191</sup> MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 63.

<sup>192</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 76.

<sup>193</sup> A tal proposito, si rinvia all'interessante contributo del FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in AA. VV., *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente e ipotesi del futuro*, Padova, 2001, p. 43 e ss.

Tale fenomeno è da porre in stretto legame eziologico con alcuni fenomeni che caratterizzano il diritto penale moderno<sup>194</sup>.

*In primis*, è da considerare la progressiva modifica delle dinamiche del conflitto politico e il crescere di un'ipocrisia pervasiva che lo accompagna. Le forze politiche in gioco perseguono una tendenza compromissoria che da un lato stempera le loro contrapposizioni in testi legislativi in cui la vaghezza finisce per essere l'unica strada per accontentare tutti e nessuno<sup>195</sup>; e, dall'altro, sortisce l'effetto, talvolta voluto, di scaricare sul giudice la responsabilità decisionale in termini di repressività ovvero di tolleranza<sup>196</sup>.

Non va d'altra parte ipocritamente sottaciuto che, a fronte di questo universo legislativo dai contorni evanescenti plasmato da forze politiche pigre o esprimenti intenzioni volutamente vaghe, si è inserita un'azione di progressiva emancipazione della magistratura dalla lettera della legge<sup>197</sup>. Essa, inizialmente motivata dalla carenza di chiarezza normativa e dalla conseguente necessità di apprestare una tutela nei confronti dei consociati e del sistema Stato, ha cionondimeno drammatizzato ulteriormente le proporzioni della vaghezza normativa e le conseguenze dell'indeterminatezza sul tessuto socio-giuridico globale, portando avanti vere e proprie politiche giudiziarie di valorizzazione di determinati beni giuridici a discapito di altri<sup>198</sup>, senza tuttavia avere la legittimazione democratica né - spesso - la capacità di comprendere il substrato ideologico sociale sul quale le proprie linee autenticamente politiche andavano ad innestarsi. A tal proposito, autorevole dottrina<sup>199</sup>, ha qualificato l'atteggiamento militante della magistratura come una sorta di ritorno giusnaturalistico in veste etico - politica, che porta avanti un'idea di legalità a carattere meta-positivo, "in tanto meritevole di essere considerata "legittima" o vera in quanto incentrata su valori, principi e assetti normativi prevalentemente funzionali, a loro volta, ad

---

<sup>194</sup> MOCCIA, *La promessa*, cit., p. 20 e ss.

<sup>195</sup> PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. Pen.*, 1987, p. 231.

<sup>196</sup> PALAZZO, *Il principio*, p. 423.

<sup>197</sup> PALAZZO, *Orientamenti dottrinali, ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività nel diritto penale*, in AA. VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, p. 27 ss.; STILE, *Conclusioni*, in AA. VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, p. 287.

<sup>198</sup> Sul tema della c.d. supplenza giudiziaria, particolarmente avvertita negli anni '70 si rinvia a PULITANÒ, *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1983, p. 93 e ss.

<sup>199</sup> FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, cit., p. 54.

*una lotta giudiziaria a tutto campo contro la corruzione politico – amministrativa, le collusioni politico mafiose e gli illegalismi diffusi”.*

In questa divaricazione tra potere politico e potere giudiziario, la dottrina sta tendenzialmente perdendo la sua funzione di orientamento culturale - giuridico e ha assunto nel tempo un ruolo di contrapposizione al potere giudiziario. Ciò, sia sul piano ideologico; sia, talvolta, su un piano più autenticamente concreto. Sotto il primo profilo, mentre la giurisprudenza è tendenzialmente orientata allo slabbamento della fattispecie in chiave repressiva, nella volontà di tutelare al massimo grado i beni giuridici e la difesa sociale, la dottrina appare ispirata ad un’ottica marcatamente garantista, che restringe i margini della repressione penale. Sotto il secondo profilo, si registra che l’inconciliabile contrapposizione tra magistratura e dottrina transita da un piano autenticamente ideologico a un piano banalmente contingente, dal momento che molto spesso tra i portavoce illustri di ideologie garantiste si registrano noti avvocati che veicolano tali ideologie nella difesa concreta in giudizio di imputati c.d. eccellenti<sup>200</sup>. Ciò non può che acuire e spesso tristemente banalizzare il confronto tra i due referenti giuridici.

Inoltre, vero cancro della legislazione moderna è l’avanzare della logica emergenziale<sup>201</sup>, concretizzata attraverso le c.d. leggi d’occasione<sup>202</sup>, la quale ha sostituito nuovi provvisori criteri di immediatezza e contingenza normativa alle storiche logiche di principio attente ai fondamenti del diritto penale, spesso orientandosi ad una mera prospettiva elettorale “a basso costo”. Ne deriva un diritto penale meramente simbolico, farraginoso, assolutamente provvisorio<sup>203</sup> e

---

<sup>200</sup> FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, cit., p. 46.

<sup>201</sup> Per un ampio approfondimento del tema, si rinvia a MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000, il quale, *inter alia*, analizza piccoli capolavori di legislazione simbolica: l’intricata normativa in materia di criminalità organizzata (p. 53); la normativa c.d. anti-naziskin contenuta nel d.l. 26 aprile 1993, n. 122 convertito dalla legge 25 giugno 1993, n. 205 (p. 99); il reticolato normativo contenuto del codice Rocco e intessuto dal legislatore repubblicano con riferimento alla materia dei reati sessuali (p. 113).

<sup>202</sup> FERRAJOLI, *Crisi della legalità e della giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in AV. VV., *Legalità e giurisdizione, Le garanzie penali tra incertezze del presente e ipotesi del futuro*, Padova, 2001, p. 30.

<sup>203</sup> E’ interessante notare, come rileva il PALAZZO, *Orientamenti dottrinali*, cit., p. 50, che, nell’ambito della legislazione emergenziale il ricorso al sollevamento della questione di legittimità costituzionale da parte della magistratura ordinaria sia stato notevolmente contenuto, rispetto ad altri settori del diritto, come ad esempio il diritto penale dell’economia. Tale stato di cose è probabilmente addebitabile sia alla maggiore dimestichezza dei giudici con la legislazione emergenziale rispetto alla materia economica, rispetto a la quale l’integrazione normativa in via interpretativa richiede il più delle volte uno sforzo tecnico che mette a dura prova il lavoro della

improntato a paventate esigenze di “sicurezza”, come dimostra ampiamente l’uso smodato dei c.d. pacchetti sicurezza<sup>204</sup>.

Inoltre, va preso atto di un problema che investe più propriamente l’organo deputato a legiferare. Da un lato, si registra una progressiva perdita di qualità tecnica e linguistica dei soggetti legittimati alla produzione normativa<sup>205</sup>, i quali sempre più spesso appaiono non all’altezza del difficilissimo compito di attualizzare le esigenze sospinte dall’avanzamento tecnologico e di individuare le nuove corrispondenti aree di rischio su cui il diritto penale può concretamente operare - quale *extrema ratio* -, senza nel contempo rinunciare ai suoi imprescindibili caratteri di astrattezza e generalità<sup>206</sup>; dall’altro, la normazione speciale, nel tentativo talvolta di ridefinire uno strumento vetusto come il Codice Rocco, si è moltiplicata ed esponenzializzata, creando un universo normativo del tutto inafferrabile, di cui autorevole dottrina<sup>207</sup> ha sarcasticamente sancito la bancarotta, come testimoniato dal superamento del brocardo *ignorantia legis non excusat* operato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 364 del 1988. Sotto questo aspetto, di sicuro non è stata di giovamento la mancanza di una effettiva volontà volta alla riforma radicale del Codice penale, cui si è tentato di rimediare con la riforma dell’impianto processuale - che ha perfezionato la disciplina dei riti alternativi - e dell’impianto sanzionatorio - che ha sostituito le pene ordinarie con sanzioni alternative. Questa duplice direzione riformista non ha avuto tuttavia esiti soddisfacenti, producendo nient’altro che una decisa perdita di effettività di tutto il complesso di principi del diritto penale sostanziale<sup>208</sup>.

Peraltro, il principio di tassatività è influenzato anche dal duro colpo che soffre il principio di riserva di legge nel periodo contemporaneo: da un lato, prolifera la frammentazione delle fonti del diritto penale e l’utilizzo smodato di

---

magistratura; sia alla maggiore preoccupazione di tutela registrata rispetto ai temi dell’emergenza, piuttosto che a quelli della criminalità economica.

<sup>204</sup> FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, cit., p. 43.

<sup>205</sup> FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, cit., p. 43. Sul punto, è diventato ormai scandaloso il mancato coinvolgimento dei veri operatori tecnici del diritto penale nella redazione dei progetti legislativi, caldeggiato già da tempo da FIANDACA, *Dalla riforma del processo alla riforma del codice penale*, in *Quest. giust.*, 1990, p. 390.

<sup>206</sup> VASSALLI, *Voce Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., p. 321.

<sup>207</sup> FERRAJOLI, *Crisi della legalità e della giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, cit., p. 28.

<sup>208</sup> FERRAJOLI, *Crisi della legalità e della giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, cit., p. 31.



elementi normativi che rinviano a fonti sub-legislative; dall'altro, va preso atto dell'inserimento del nostro ordinamento nel contesto europeo, con le relative pericolosissime ricadute in termini di erosione della determinatezza e della riserva di legge<sup>209</sup>. Il fenomeno di adeguamento alle direttive e ai regolamenti comunitari introduce problematiche vastissime nel nostro ordinamento, che vanno dalla discutibile idoneità della fonte comunitaria ad effettuare una formazione diretta nel settore penale all'inserimento nel nostro ordinamento di categorie giuridiche del tutto eterogenee alla nostra tradizione, con detrimento della qualità del dettato normativo.

A ciò si aggiunga un vero e proprio isolamento della figura dell'autore del reato e un'identificazione riduttiva, ma attentamente studiata, dello stesso con figure socialmente emarginate e scarsamente rappresentate, rispetto alle quali la normazione indeterminata diventa un autentico *passe-partout* per la repressione penale ad ogni costo. In questo contesto, la valorizzazione del caso singolo e la focalizzazione sul singolo autore del reato conduce ad una deresponsabilizzazione del legislatore e all'affidamento alla magistrature di compiti che non possono in alcun modo competerle<sup>210</sup>.

Infine, non può sottacersi il progressivo scivolamento del diritto penale dalla logica dell'evitamento dell'offesa alla logica della riduzione del rischio<sup>211</sup>, tipicamente improntata alla difesa dei c.d. interessi diffusi. In tale ambito, la necessità di contrastare fenomeni di illiceità da cui potrebbero derivare conseguenze socialmente incalcolabili per la loro diffusione è associata ad un allentamento delle garanzie proprie del diritto penale, quali l'individuazione del bene giuridico. Ciò può essere raggiunto agevolmente mantenendo fumosi e indeterminati i criteri di imputazione dell'evento, i parametri processuali di accertamento della prova e i limiti definitivi del bene giuridico.

---

<sup>209</sup> FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, cit., p. 44.

<sup>210</sup> FERRAJOLI, *Crisi della legalità e della giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, cit., p. 27 e ss.

<sup>211</sup> Sull'indeterminatezza come effetto della trasformazione del reato in rischio sociale SGUBBI, *Il reato come rischio sociale: ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990, 47.

## 2. *L'indeterminatezza in prospettiva diacronica: dal Codice Rocco al legislatore repubblicano*

La crisi della determinatezza è in realtà fenomeno che, a dispetto delle proposizioni di principio in essa contenute, affonda le radici già nella nostra fonte positiva di riferimento: il codice Rocco<sup>212</sup>.

Come è stato ampiamente rilevato nel capitolo precedente, il riconoscimento del principio di determinatezza-tassatività non sempre appare ispirato da esigenze di stampo garantista, bensì può essere funzionalizzato ad uno schietto autoritarismo (o addirittura ad una prospettiva totalitaria) e alla volontà dello Stato di non riconoscere focolai di potere al di fuori di quello strettamente legislativo, di sua diretta emanazione<sup>213</sup>. Ciò è avvenuto nel Codice Rocco, ove l'obiettivo autoritario di fondo appare svelato, *inter alia*, dall'effettiva disattesa della proposizione di principio di cui all'art. 1 c.p., nella parte speciale, corredata, soprattutto in settori a particolare connotazione politica, di fattispecie incriminatrici indeterminate sulle quali ha operato un progressivo slabbramento dell'ambito applicativo delle stesse. Tale ampliamento indeterminato è stato, come è ovvio, pienamente funzionale all'autoritarismo fascista e non sconfessava affatto l'autentico intento repressivo, celato dietro l'apparente riconoscimento del principio di legalità in tutti i suoi corollari.

La condizione generale di rispetto del principio di determinatezza è poi ulteriormente peggiorata a seguito delle riforme attuate dal legislatore repubblicano, all'interno e all'eterno dell'impianto codicistico.

### 2.1. *L'indeterminatezza nel codice Rocco*

Già attenendosi ad un'analisi generale dell'impianto codicistico<sup>214</sup>, si rileva un utilizzo massiccio di espedienti tautologici<sup>215</sup>, che investono l'essenza

---

<sup>212</sup> SGUBBI, *Meccanismi di aggiramento della legalità e della tassatività nel codice Rocco*, in *La quest. crim.*, 1981, p. 319 è di questo avviso, in contrapposizione, come si legge nel contributo, al Bettiol e al Cattaneo.

<sup>213</sup> CATTANEO, *Terrorismo e arbitrio: il problema giuridico nel totalitarismo*, Padova, 1998. p. 115.

<sup>214</sup> Rinviano ad apposito capitolo la trattazione specifica delle norme codicistiche che presentano rischi di indeterminatezza.

<sup>215</sup> SGUBBI, *Meccanismi di aggiramento della legalità e della tassatività nel codice Rocco*, cit., p. 320. L'Autore ritiene inoltre altamente pericoloso per la determinatezza della fattispecie anche la

del fatto tipico: si pensi al vilipendio, all'apologia<sup>216</sup>, alla rissa, dove la rubrica praticamente esaurisce l'intera fattispecie.

Inoltre, vi è un'altra caratteristica, lesiva della determinatezza, che ritorna spesso nell'ambito della parte speciale del Codice Rocco e che autorevole dottrina ha rilevato in particolare con riferimento ai delitti contro il patrimonio<sup>217</sup>. Tale caratteristica investe il rapporto tra le fattispecie incriminatrici ed è la c.d. tipicità doppia o plurima: un medesimo fatto rientra contemporaneamente in due o più fattispecie incriminatrici eterogenee che non sono in relazione di specialità in astratto, come ad esempio furto e danneggiamento. L'indeterminatezza in tal caso influenza non il discrimine tra lecito e illecito, e quindi l'*an* della punibilità, bensì il tipo e il *quantum* di sanzione da applicare al fatto. In tal caso, la tipologia di risposta punitiva ad un medesimo comportamento è affidata alla discrezionalità giudiziaria.

Sotto il profilo delle tecniche redazionali, si registra l'uso diffuso della tecnica di tipizzazione sintetica, che, nella fase genetica della fattispecie incriminatrice, promuove l'utilizzo di elementi normativi. Essi possono essere elementi extra-giuridici etico - sociali dal contenuto soggettivo - valutativo<sup>218</sup> ovvero elementi giuridici extrapenalistici la cui delimitazione significativa non trova

---

forte valorizzazione della fattispecie soggettiva, sovente identificata nel dolo specifico. In tali casi, l'indagine sulla volontà intima del soggetto, logicamente meno certa e rigorosa dell'indagine empirica sulla fattispecie oggettiva, finisce per diventare momento essenziale dell'illecito penale. Ciò diventa particolarmente odioso in quelle fattispecie a tipicità doppia che si differenziano esclusivamente o quasi esclusivamente sotto il profilo della fattispecie soggettiva. In tali casi, c'è ampia discrezionalità giudiziaria sulla sanzione da applicare, e sulla riconduzione della fattispecie concreta ad una delle possibili fattispecie astratte. Il profilo della valorizzazione eccessiva della fattispecie soggettiva, con i connessi profili probatori, mi sembra tuttavia attenerne non tanto al problema della determinatezza della fattispecie quanto a quello della materialità del fatto.

<sup>216</sup> Non a caso, la frequenza della tautologia opera in un settore politicamente delicatissimo, come quello dei reati di opinione, dove la vaghezza è funzionale alla repressione.

<sup>217</sup> SGUBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, Milano, 1980, p. 261. L'Autore rileva inoltre un altro profilo critico dei reati contro il patrimonio, che tuttavia sembra porsi in collegamento non tanto con il principio di determinatezza quanto con quello di tassatività: la profonda manipolazione delle fattispecie incriminatrici operata dalla giurisprudenza, che ha inciso in modo profondissimo sulla tipicità della fattispecie, slabbrandola del tutto. D'altra parte il fenomeno non è estraneo anche al legislatore repubblicano: si pensi ai difficili rapporti di sovrapposizione tra gli artt. 270 e 270-bis c.p..

<sup>218</sup> Si pensi al "sentimento nazionale", oggetto del reato associativo di cui all'art. 271 c.p., che configurava la fattispecie associativa diretta a distruggerlo e deprimerlo; alla "morale familiare" oggetto dei reati di attentato alla morale familiare, di cui all'art. 565 c.p.; ovvero alla "pubblica decenza" che costituisce il bene giuridico offeso nella fattispecie di commercio di scritti, disegni o altri oggetti contrari ad essa di cui all'art. 725 c.p.; o ancora ai labili concetti di onore, decoro, reputazione.

sede nell'impianto codicistico penale<sup>219</sup>. Tale tecnica è fortemente stridente col principio di determinatezza poiché dilata oltremodo gli spazi dell'ermeneutica giudiziaria, apre squarci di indeterminatezza nel precetto penale e delega al giudice tutta l'opera di delimitazione dell'ambito applicativo della fattispecie<sup>220</sup>.

Per tali elementi, come si vedrà, l'unico *escamotage* per garantire la determinatezza della fattispecie è l'uso appropriato di norme definitorie, di secondo grado, che arrivino ad eliminare o a ridurre, entro adeguati limiti di tollerabilità, il carattere vago della disposizione. Tale opera chiarificatrice diventa, come è ovvio, di natura meramente apparente, laddove le disposizioni definitorie siano esse stesse tacciabili di indeterminatezza e finiscano così per esponenzializzare i significati del significante che sarebbero chiamate a definire<sup>221</sup>.

D'altra parte, anche la tecnica di tipizzazione descrittiva che, in linea di principio, esprime al grado massimo il rispetto del canone della determinatezza poiché non restringe al massimo l'ampiezza e la profondità del momento valutativo, finisce per creare vuoti di significato all'interno del codice. Ciò accade quando, pur traendo spunto da elementi tangibili nella realtà fenomenica, che non appartengono quindi al multiforme patrimonio socio-etico dei consociati, il legislatore faccia riferimento a termini non dotati di univoca portata, ma che piuttosto delimitano un'area di significato potenzialmente vastissima<sup>222</sup> all'interno

---

<sup>219</sup> Si pensi alla dichiarazione di fallimento nei reati fallimentari, ovvero all'altruità della cosa nei reati contro il patrimonio. Ma, con implicazioni ancora più gravi, si ponga attenzione all'ipotesi limite del "provvedimento legalmente dato dall'Autorità" di cui all'art. 650 c.p., che veicola nella sfera del diritto penale le infrazioni alle disposizioni amministrative contenute in provvedimenti dati dalla p.a., la cui classe è genericamente individuata nelle "ragioni di giustizia, o di sicurezza pubblica o di ordine pubblico". Sarà il giudice a stabilire, contro ogni canone di determinatezza, se il provvedimento rientri o meno nel genere di quelli la cui violazione comporta sanzione penale.

<sup>220</sup> Sulla compatibilità degli elementi normativi con il principio di determinatezza e sulla diffusa convinzione dottrinale che quelli etico - sociali rappresentino valvole di respiro dell'ordinamento torneremo di seguito nel corso della trattazione.

<sup>221</sup> Si pensi al "comune senso del pudore", espressione indeterminata chiamata a definire il concetto altrettanto indeterminato di "atto osceno" di cui art. 527 c.p.; ovvero agli art. 357 e 358 chiamati a definire, con scarsi risultati in termini di univocità – e ne sia prova l'inesauribile dibattito giurisprudenziale – le figure evanescenti di "pubblico ufficiale" e "incaricato di pubblico servizio", soggetti chiave dei reati contro la p.a..

<sup>222</sup> MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 59.

della quale si muove intollerabilmente la libertà ermeneutica del giudice, che separa arbitrariamente le aree del lecito dalle aree dell'illecito<sup>223</sup>.

Va peraltro segnalato che talvolta il legislatore repubblicano ha valutato adeguatamente la necessità di compendiare l'impianto codicistico, spesso carente, in termini di univocità di significato dei termini utilizzati - e, quindi, pericoloso, in termini di ampliamento indiscriminato dell'ambito applicativo della fattispecie<sup>224</sup> - di appropriate norme definitorie. Tuttavia, spesso, i risultati si sono mostrati non all'altezza dell'obiettivo perseguito<sup>225</sup>.

Peraltro, il codice appare, sin dalla sua redazione originaria, ricco di fattispecie c.d. ad analogia espressa, in cui la norma contiene elenchi di ipotesi eterogenee, senza un denominatore comune facilmente riscontrabile, seguiti dal rinvio a casi analoghi, ovvero si riferisce ad un'unica ipotesi, la cui unicità è smentita però dall'aggiunta del rinvio a "casi simili"<sup>226</sup>. Come vedremo nel seguito della trattazione, nel caso in cui ad un elenco segua la clausola aperta "casi simili", la determinatezza o indeterminatezza della fattispecie è, secondo un indirizzo giurisprudenziale consolidato, fatta dipendere da omogeneità o eterogeneità delle ipotesi espresse considerate, che consenta o meno di far rinvenire una *ratio* comune che guidi l'interprete nella definizione determinata dei casi analoghi.

La predetta breve analisi mostra come già nel codice Rocco, la statuizione teorica del principio di determinatezza sia stata nei fatti del tutto aggirata.

---

<sup>223</sup> Si pensi alla portata significativa del termine "disastro" di cui all'art. 424 c.p.; ovvero all'imprecisione del vocabolo "incesto" di cui all'art. 564 c.p.; ovvero al multiforme concetto di "maltrattamenti" in famiglia di cui all'art. 572 c.p.; ovvero ancora alla vasta area significativa che abbraccia il termine "rissa" di cui all'art. 588 c.p., sia rispetto al numero di partecipanti, sia rispetto al tipo di coinvolgimento richiesto nella colluttazione.

<sup>224</sup> MOCCIA, *La promessa*, cit., p. 40.

<sup>225</sup> Ci si riferisce alla normativa definitoria del concetto di arma da guerra e di armi comuni da sparo, di cui agli artt. 1 e 2 della l. 18 aprile 1975, n. 110.

<sup>226</sup> Si pensi all'art. 600 c.p. nella versione originaria ove si faceva riferimento alla "condizione analoga alla schiavitù", ove l'analogia espressa era resa ancora più pericolosa dalla imprecisione del concetto base di schiavitù, definito soltanto con l. 20 agosto 2003, n. 228; oppure, al di fuori dell'impianto codicistico, alla dibattutissima disposizione di cui all'art. 121 t.u.l.p.s., in cui, ad un elenco dettagliatissimo di professioni genericamente manuali, seguiva la dizione "e mestieri analoghi".

## 2.2. *L'indeterminatezza negli interventi del legislatore repubblicano*

La prospettiva è purtroppo gravemente peggiorata, prima, con le innovazioni sul codice penale proposte nella prima e nella seconda Repubblica, e, poi, con i numerosi interventi della legislazione emergenziale che caratterizzano il più recente clima giuridico - penale<sup>227</sup>.

Circa la normazione riformistica del legislatore repubblicano, va purtroppo preso atto che i problemi di tassatività non si arrestano al profilo redazionale di tipizzazione della fattispecie incriminatrice, ma coinvolgono innanzitutto le regole base di produzione legislativa volte alla creazione sistema normativo che possa definirsi autenticamente tale. Caratteristica del legislatore repubblicano è, infatti, da un lato, l'utilizzo di una legislazione a cascata, dall'altro, il disordine strutturale e stilistico dei progetti di riforma. Entrambi questi aspetti impediscono l'accesso conoscitivo al diritto penale e lo rendono oscuro, oltre che ai comuni cittadini, finanche agli operatori tecnici del settore.

Sotto il primo aspetto, tale legislazione appare compendiata di rinvii in blocco, spesso a normative solo genericamente individuate, con i conseguenti problemi di collegamento normativo<sup>228</sup>. L'utilizzo di una siffatta tecnica mostra il fianco a critiche penetranti sotto il profilo della determinatezza poiché, a prescindere dalle - spesso irrisolvibili - problematiche di coordinamento, non consente un'adequata informazione ai consociati e finisce per oscurare del tutto il contenuto dispositivo.

Sotto il secondo aspetto, tipico di questa legislazione riformistica è l'assoluto disordine, prima di tutto formale e stilistico, che caratterizza la normazione speciale, unito ad una carenza strutturale del testo normativo. I

---

<sup>227</sup> Per un'analisi approfondita di tale profilo di progressiva perdita della determinatezza si rinvia a MOCCIA, *La promessa*, cit., p. 39 e ss.

<sup>228</sup> Sotto questo profilo si pensi, a titolo meramente esemplificativo, al coacervo inestricabile di disposizioni che costruiscono la normativa penale in tema di criminalità organizzata, per cui si rinvia a INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996, p. 42; o, ancora, alla normativa emergenziale in tema di discriminazione razziale, etnica e religiosa di cui al d.l. 26 aprile 1993, n. 122 convertito dalla legge 25 giugno 1993, n. 205 (c.d. decreto anti-naziskin), peraltro manifestazione emblematica di una legislazione meramente simbolica, per cui si rinvia a STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza. Legge o proclama?*, in *Crit. dir.*, 1994, p. 16. Entrambe le normative costituiscono un esempio lampante di legislazione simbolica, per una cui trattazione esaustiva si rinvia a MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit..

progetti di riforma non conoscono organicità e si presentano come una miriade di commi, conservati in un unico articolo, dove convivono fattispecie incriminatrici, definizioni normative e fattispecie circostanziate, senza la minima coerenza sistemica<sup>229</sup>.

D'altra parte, non manca, sotto il profilo più strettamente redazionale, una certa noncuranza delle tecniche di tipizzazione conformi al principio di determinatezza. Oltre alle criticatissime norme di diritto penale tributario<sup>230</sup>, non può omettersi l'utilizzo pericoloso di tecniche di tipizzazione di stampo prettamente casistico, che si ripercuotono nelle tecniche interpretative, le quali sempre più rifuggono dalle categorie ordinarie del diritto per sostare sul fatto storico<sup>231</sup>. Il riferimento qui è a due norme che incedono nell'utilizzo di formule incentrate sul - non sistematizzabile - caso concreto, perdendo di vista l'astrattezza che deve caratterizzare la norma giuridica: l'art. 416-bis c.p., introdotto con la legge c.d. Rognoni-La Torre, del 13 settembre 1982, n. 646<sup>232</sup>; e la disciplina dell'usura, riformata dapprima ad opera del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in l. 7 agosto 1992, n. 356, e poi con la l. 7 marzo 1996, n. 108, art. 2<sup>233</sup>. Su entrambe le fattispecie non mancheremo di soffermarci nel corso della trattazione.

Ora, nel prosieguo della trattazione si chiariranno pregi e difetti del metodo casistico ma va sin da ora anticipato che, a dispetto dell'entusiasmo spesso mostrato per questo tipo di tecnica redazionale, motivato dalla valorizzazione della fenomenologia effettiva della manifestazione criminale, la redazione di fattispecie improntate sui casi pratici, oltre a produrre un'elefantiasi legislativa di non poco momento – già piaga della nostra legislazione odierna –, richiede, per mantenersi conforme al principio di legalità, una cura particolarmente scrupolosa – che spesso non è dato riscontrare - verso l'inclusione nella norma di fattispecie tra loro omogenee, in modo che l'interprete possa

---

<sup>229</sup> Si pensi all'art. 5 del d.l. 30 dicembre 1982, costituito di sessantuno commi.

<sup>230</sup> LO MONTE, *Principio di tassatività e riforma dei reati tributari: un dialogo tra sordi*, in AA. VV., *La riforma continua. Il riformismo dell'“era progressista”: tentativo di bilancio*, Napoli, 2002, p. 214; MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., p. 37 e ss..

<sup>231</sup> PALAZZO, *Orientamenti dottrinali*, cit., p. 38.

<sup>232</sup> MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., p. 65.

<sup>233</sup> MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., p. 132.

rinvenire una *ratio* comune tra i casi estremamente specifici e non rischiare di escludere fattispecie assolutamente omogenee rispetto a quelle comprese, ma espunte sulla base di un'interpretazione strettamente letterale del testo. E in ogni caso tale tecnica non sarebbe soddisfacente. Non va infatti sottaciuto che, per scongiurare il pesante rischio di disuguaglianza irrazionale che deriva dal trattare diversamente casi omogenei, l'interprete dovrebbe comunque effettuare un'analogia *in malam partem* vietata nel nostro ordinamento.

Manifesto di una sciatteria redazionale appare, inoltre, la dissennata selezione lessicale di termini che, pur appartenendo alla tipizzazione descrittiva, non risultano minimamente idonei a circoscrivere un'area univoca di significato<sup>234</sup>, finendo per lasciare indefinito l'ambito applicativo di fattispecie a carica sanzionatoria notevolissima, come i reati sessuali. Il riferimento chiaro è all'utilizzo dell'espressione "atti sessuali", condotta attorno alla quale ruotano le fattispecie di violenza sessuale di cui all'art. 609-bis c.p., introdotto con la l. 15 febbraio 1996, n. 66 e di prostituzione minorile di cui all'art. 600-bis c.p., introdotta con la l. 3 agosto 1998, n. 269. Anche di queste fattispecie ci occuperemo più diffusamente nel corso della trattazione.

Infine, il settore in cui maggiormente si è sviluppata una tecnica redazionale lontana dai crismi della determinatezza è quello della tutela penale degli interessi diffusi, dettata spesso da istanze emergenziali foriere di interventi frettolosi.

Tali interventi sovente appaiono non maturati a seguito di una vera e propria riflessione penalistica sul tema, bensì generati da un supino adeguamento ai dettami dell'Unione europea<sup>235</sup>, che porta con sé, come è noto, un sistema ordinamentale fondato su principi eterogenei spesso difficilmente conciliabili con la nostra tradizione giuridica. Si dà vita così a normative frastagliate, connotate da tecnicismi incomprensibili, dove della struttura tipica del reato non resta che

---

<sup>234</sup> Esempio di utilizzo di questa tecnica è presente nella normativa in tema di discriminazione razziale, etnica e religiosa di cui al d.l. 26 aprile 1993, n. 122 convertito dalla legge 25 giugno 1993, n. 205 (c.d. decreto anti-naziskin), per cui si rinvia alle puntuali considerazioni, soprattutto con riferimento al riscritto art. 3 della l. 654 del 1975, di STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza. Legge o proclama?*, in *Crit. dir.*, 1994, p. 17.

<sup>235</sup> Si pensi al recente D.lgs 7 luglio 2011, n. 121 nella parte relativa all'attuazione della direttiva 2008/99/CEE sulla tutela penale dell'ambiente, per il cui commento critico, tra gli altri, MANNA, *La "nuova legislazione" penale in tema di tutela dell'ambiente tra illegittimità comunitaria e costituzionale*, in *Arch. pen.*, 3, 2011, p. 763.



un'ombra indecifrabile in cui l'operatore tecnico del diritto penale a stento riesce ad orientarsi. Ciò genera sovente una disomogeneità e frammentazione tali da sostituire a sistemi normativi organici una mera stratificazione pluriennale<sup>236</sup> di normative, prive di coesione e di anima comune. Ciò da un lato comporta un pervasivo detrimento dei più basilari principi del diritto; dall'altro crea i presupposti ideali per la formazione di vere e proprie nicchie di diritto a formazione prettamente giurisprudenziale<sup>237</sup>.

Altre volte, tali interventi si limitano a corredare la violazione delle disposizioni contenute in un testo normativo od in provvedimento<sup>238</sup> - secondo la tecnica della norma penale in bianco - spesso a carattere fortemente tecnico-scientifico, e di derivazione amministrativa o civilistica<sup>239</sup>, di una sanzione di natura penale, riducendo il diritto penale ad una prospettiva meramente sanzionatoria<sup>240</sup>.

Ciò snatura dalle fondamenta il diritto penale che, in tal modo, oltre a scivolare irrefrenabilmente verso soglie di indeterminatezza del tutto inaccettabili, viola i canoni minimi di offensività, dal momento che non è più volto alla repressione di contegni *ex se* dannosi, di cui si percepisce *ictu oculi* la lesività, a presidio di beni giuridici afferrabili, ma alla sanzione di contegni violativi di norme organizzative – i c.d. reati di scopo -, dove il bene giuridico impallidisce

---

<sup>236</sup> Si pensi alla tutela dei mercati finanziari, per cui si rinvia a PEDRAZZI,  *Mercati finanziari (disciplina penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 655, il quale evidenzia il grave danno subito dal principio di parità di trattamento.

<sup>237</sup> In questi termini, con specifico riferimento agli scarsi risultati in termini di determinatezza raggiunti dal t.u.f. d.lgs. 385 del 1993, PATALANO, *Tutela dell'ordine economico e sistema penale bancario. La nuova disciplina tra effettività e simbolicità*, in *Studi Urbinati*, 1994/1995, p. 70.

<sup>238</sup> Si pensi alla disciplina urbanistica e ai reati edilizi legati alla violazione di norme regolamentari e di singoli provvedimenti amministrativi come i permessi di costruire, dove oggetto di tutela è la garanzia del controllo pubblico degli interventi sul territorio.

<sup>239</sup> Si pensi alla disciplina penale degli "Abusi di informazioni privilegiate e manipolazione di mercato" di cui alla Parte V, Titolo del d.lgs. 58 del 1998. Per una visione critica dell'art. 184, si rinvia a SEMINARA, *Disclosure or abstain? La nozione di informazione privilegiata tra obblighi di comunicazione al pubblico e divieti di insider trading: riflessioni sulla determinatezza delle fattispecie sanzionatorie*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 2008, fasc. 3, p. 331 e ss.

<sup>240</sup> Si pensi all'art. 134, co. 2 T.U.B.. Sul tema del diritto penale sanzionatorio in ottica fortemente critica, si veda PLANTAMURA, *Diritto penale ed economica pubblica: tra esigenze di determinatezza e nuove prospettive di tutela*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, fasc. 4, p. 787 e ss.. Con specifico riferimento alla materia bancaria, si veda MARINI, *Introduzione*, in AA.VV., *Diritto penale e attività bancaria*, Atti del Convegno di Torino, Padova, 1994, p. 8 e ss.. Con riferimento infine al coacervo di fattispecie contenute nel t.u.b. si rinvia all'attenta distinzione tra le "misure meramente sanzionatorie di precetti altrove stabiliti" e i "precetti penali autonomi" operata da CERASE, *I nuovi reati bancari*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1864.

fino a scomparire<sup>241</sup>. Tali norme organizzative hanno la funzione di regolare situazioni di conflitto tra interessi contrapposti, per la cui soluzione spesso è richiamato il filtro dell'attività amministrativa<sup>242</sup>; corredarle della sanzione penale assolve ad una funzione di politica criminale prettamente propulsiva e anticipata<sup>243</sup>, che dovrebbe restare estranea al diritto *penale*<sup>244</sup>, e in cui il bene giuridico diviene una pura creazione legislativa.

In altre parole, il diritto penale assolve in queste fattispecie alla funzione di rafforzare impianti normativi preesistenti corredandoli della sanzione penale e trasformando la stessa, da *extrema ratio*, in strumento di amministrazione a tutela di uno *status quo*. Si assiste così alla trasformazione della materia penale da strumento di tutela di beni giuridici, a impianto a presidio di funzioni<sup>245</sup> e istituzioni<sup>246</sup>, con detrimento della funzione selettiva del bene giuridico<sup>247</sup>.

Il bene giuridico dei reati di scopo si dissolve così nella difesa di interessi diffusi superindividuali o del sistema economico-sociale imposto<sup>248</sup>, trasferendo la sua inafferrabilità direttamente sull'evento, che perde così di materiale

---

<sup>241</sup> E ' infatti lo stesso PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, cit., p. 117 a definire alcuni presunti "beni giuridici" – come ambiente, finanza pubblica - come "metafore concettuali che designano l'ambito particolare dove si percepisce e si individua un conflitto di interessi e le modalità normative stabilite per risolverlo o contemperarlo".

<sup>242</sup> Si fa riferimento ai settori della tutela ambientale o alla disciplina dell'interruzione della gravidanza, come riporta a titolo esemplificativo il PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, I, p. 118.

<sup>243</sup> PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione mercato finanziario*, in AA. VV., *Atti del 4° congresso nazionale di diritto penale: Diritto penale, diritto di prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario*, Torino, 1996, p. 84; PULITANÒ, *L'anticipazione dell'intervento penale in materia economica*, ivi, p. 16.

<sup>244</sup> CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in AA. VV., *Costituzione, diritto e processo penale*, Milano, 1998, p. 154.

<sup>245</sup> PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, cit., p. 119; MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. e pr. pen.*, 1995, p. 348.

<sup>246</sup> PULITANÒ, *L'anticipazione dell'intervento penale in materia economica*, cit., p. 15.

<sup>247</sup> Efficacemente afferma il CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., p. 153 che "Nella tutela di istituzioni e complessi di regole quali "beni giuridici" appare chiaramente avvertibile la violazione della regola fondamentale dello Stato di diritto, secondo cui le istituzioni servono ai consociati e non viceversa."

<sup>248</sup> Approfondisce accuratamente i profili di legittimità di tali beni giuridici FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, Milano, 1994, p. 145, secondo il quale con la valorizzazione penale di beni inafferrabili di questo genere – come il sistema economico - "viene pertanto reciso il collegamento funzionale tra singoli soggetti e e determinati settori organizzativi del potere pubblico, la cui funzione di servizio pubblico viene così spiritualizzata, finendo con il rappresentare un'astrazione, uno scopo fine a se stesso, un oggetto di tutela completamente formalizzato.". L'Autore affronta più specificamente il tema penale della tutela dell'attività economica e il risvolto dell'amministrativizzazione del diritto penale (p. 153 e ss.).

consistenza, disegnando una fattispecie del tutto indeterminata<sup>249</sup> o un reato di mera condotta<sup>250</sup>. In questo modo, inafferrabilità del bene giuridico altro non vuol dire che indeterminatezza della fattispecie oggettiva: i due concetti si contaminano vicendevolmente<sup>251</sup>.

L'evento non è più un aspetto specifico e definito che il giudice deve valutare nella sua singolarità e al di fuori di logiche collettivistiche, bensì diventa un fenomeno sociale che investe dinamiche generali che il giudice, uomo del diritto, non può che discernere con estrema difficoltà<sup>252</sup>.

Le criticità dell'ordinamento, che abbiamo sinteticamente illustrato, dovevano mostrarsi in tutta la loro plastica evidenza, già nella prima Repubblica, se la Presidenza del Consiglio dei Ministri, già nel 1986, ritenne necessario indicare nella circolare 5 febbraio i "Criteri normativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penali"<sup>253</sup>.

Va d'altra parte preso atto di una lieve, seppur sporadica, sensibilizzazione legislativa sul tema della determinatezza che si è manifestata in encomiabili interventi di riforma.

In effetti, un clima di generale ottimismo sulle nuove intenzioni manifestasi dal legislatore si diffuse sin dall'inizio degli anni '80 in dottrina<sup>254</sup>, ma è più precisamente con gli anni '90 che alcuni consistenti interventi legislativi volti, almeno nelle intenzioni, a tutelare la determinatezza hanno trovato luce.

Il riferimento è all'abuso di ufficio di cui all'art. 323 c.p., riformato con la l. 16 luglio 1997, n. 234, con l'inserimento del contrasto a norme di legge o

---

<sup>249</sup> Sul punto acute le osservazioni del MOCCIA, *La promessa*, cit., p. 59. Sull'evento in questi termini, v. BRICOLA, *Legalità e crisi*, p. 203 il quale afferma correttamente che "la specificità dell'interesse rende più afferrabili e descrivibili le condotte che lo pongono in pericolo".

<sup>250</sup> FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, cit., p. 149.

<sup>251</sup> DONINI, *Teoria del reato, Una introduzione*, Padova, 1996, p. 124 fa riferimento così alle ipotesi dei reati che offendono il buon costume, ai reati sessuali e ai reati ambientali.

<sup>252</sup> La rosa di esempi è anche qui foltissima: il turbamento dei mercati finanziari, l'induzione di panico nei depositanti, la menomazione della fiducia del pubblico, di cui all'art. 131 tub; ovvero la sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari o la creazione di un'apparenza di un mercato attivo dei medesimi nell'art. 181 t.u.f..

<sup>253</sup> La circolare è reperibile in *Cass. Pen.*, 1986, p. 624 e ss. Sui suoi contenuti, ci soffermeremo, per ragioni di coerenza della trattazione, nel capitolo successivo. In ogni caso, per osservazioni critiche sulla circolare si rinvia a PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, cit., p. 230.

<sup>254</sup> PALAZZO, *Dieci anni di legislazione penale: sguardi retrospettivi ed auspici*, in *Quaderni della giustizia*, 1985, n. 47, p. 17; PULITANO, *Politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 3.

regolamento per qualificare la condotta illegittima, sganciandola dalla valutazione discrezionale del giudice.

Dettata da una logica analoga, almeno nelle intenzioni - lo ripetiamo -, è inoltre, da un lato, la riforma operata con la l. 7 marzo 1996, n. 108, art. 2, sul reato di usura di cui all'art. 644 c.p., che ha abolito la valutazione giurisdizionale discrezionale di usurarietà e ha agganciato questo dato a parametri oggettivi. Ciò, come vedremo, non ha però risolto affatto il problema dell'indeterminatezza del dato normativo, dal momento che lega la misura del tasso usurario ad un meccanismo tabellare mobile ed estremamente articolato, che risulta, insieme ai parametri predetti, un metodo che poco si discosta dall'affidamento della valutazione di usurarietà alla discrezionalità giudiziaria.

Infine, sulla stessa scia, si colloca la riforma operata dalla l. 11 agosto 2003, n. 238, sulla fattispecie di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù di cui all'art. 600 c.p., che ha tentato, peraltro anch'essa con risultati discutibili, di definire con maggior precisione la condotta punibile e la portata significativa dei significanti inseriti nella fattispecie.

L'obiettivo della determinatezza può quindi dirsi oggi tutt'altro che vicino al raggiungimento e, a testimonianza di una certa sfiducia nelle possibilità di risollevare le sorti del nostro panorama legislativo, si è registrata negli ultimi anni una certa latente tendenza al disfattismo, o meglio alla ricerca di soluzioni altre, rispetto all'affinamento della tecnica di formulazione delle fattispecie, per risolvere il problema dell'indeterminatezza del dato legislativo. Il riferimento è a quell'autorevole dottrina<sup>255</sup> che, in una visione sincretica che privilegia la contaminazione delle esperienze giuridiche dei paesi di *civil law* e di *common law*, rinviene nell'introduzione della regola del precedente vincolante per la Corte di Cassazione la panacea ai numerosi problemi che derivano da una legislazione vaga non più in grado di assolvere al compito di orientare le condotte dei consociati. Tale visione parte da due presupposti, ideologico e pratico: *in primis*, i confini tra attività interpretativa e creativa della giurisprudenza siano estremamente labili e che l'unico rimedio all'ineliminabile intervento del potere

---

<sup>255</sup> CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione "in action" del diritto penale*, Torino, 1999, p. 167; DONINI, *Le garanzie costituzionali della legalità penale e un nuovo ruolo della Corte di cassazione*, in Cass. Pen. 2002, p. 1165.

giudiziario nella genesi normativa sia quello di garantire l'uniformità dell'interpretazione che essa opera sul testo; *in secundis*, la presa d'atto che l'ideale di una legge perfetta idonea a regolare tutti i casi che si presentino e di un giudice capace di non trasferire alcuna connotazione ideologica sul dato normativo hanno tremendamente fallito alla prova dei fatti. Tale ideale è irraggiungibile semplicemente perché ineliminabile appare il substrato di opinioni personali sottostante a qualsivoglia operazione ermeneutica.

Sebbene lo spunto offerto da tali Autori sia interessante, la regola dello *stare decisis* postula l'attribuzione alla giurisprudenza del ruolo di fonte del diritto; tuttavia questa conclusione compromette irrimediabilmente il principio della divisione dei poteri, proprio della nostra tradizione giuridica.

In ogni caso, le prospettive *de iure condendo* di implementare il ruolo nomofilattico della Corte di Cassazione sono apprezzabili ai fini del mantenimento della certezza e uniformità del diritto, purché – sia chiaro – tale soluzione conviva con – e non soppianti – la ricerca e l'analisi delle tecniche che maggiormente garantiscano una normazione dotata di quei canoni di determinatezza, chiarezza, definitività, che fondano le radici del nostro sistema giuridico culturale. Deve insomma garantirsi uniformità di interpretazione di un dato normativo, e non privilegio di creazione e successiva uniforme applicazione dello stesso.

### 3. *L'approccio della Corte costituzionale*

La breve panoramica sul diritto positivo ha mostrato una situazione dalle incalcolabili criticità, imperniata sull'irresponsabilità piena del legislatore. Rispetto a questo quadro giuridico del tutto insoddisfacente, ci si sarebbe aspettato che l'equilibrio dei poteri, costituzionalmente fondato su controlli e bilanciamenti reciproci tra i diversi organi di potere dello Stato, spingesse verso una decisa censura correttiva sulle norme penali indeterminate prodotte dal legislativo da parte della giurisprudenza costituzionale, in modo tale da ricondurre la materia criminale entro il rispetto dei principi costituzionalmente espressi.

Eppure, ciò non si è verificato, per una pluralità di ragioni.

Come sappiamo, nel nostro ordinamento, il meccanismo che garantisce che l'opera del legislatore sia svolta entro i canoni costituzionalmente stabiliti è il controllo di legittimità costituzionale che consente di affidare all'organo della Corte Costituzionale l'opera di demolizione delle norme disallineate dai principi descritti ovvero, ove possibile, un'opera di riconduzione delle stesse entro i predetti principi. Tale controllo è operato in modo accentrato, ma lo stimolo di esso avviene in modo diffuso, nel senso che, salvo alcuni casi specifici, è il giudice ordinario che, operato un controllo di rilevanza della questione di diritto sul caso pratico sottoposto al suo giudizio, solleva la questione alla Corte costituzionale per sollecitare l'eliminazione dell'illegittimità.

Ora, rispetto al principio di determinatezza, si registra una duplice – duplice, perché sia del giudice ordinario che del giudice costituzionale – ritrosia giuridica al riconoscimento sia teorico del principio e che pratico dell'espunzione dall'ordinamento della norma trascritta secondo criteri redazionali che non garantiscano il soddisfacimento di tale principio. Da un lato, infatti, i giudici ordinari manifestano una certa timidezza nel sollevare questioni di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale. Dall'altro, la stessa Corte, di fronte a questioni di tale natura, ha raramente affrontato frontalmente i casi sottoposti al suo giudizio in termini di norme indeterminate e da espungere senz'altro dall'ordinamento con sentenze di accoglimento<sup>256</sup>; e ha più spesso invece destrutturato il principio dall'interno riconoscendogli una portata significativa fortemente ridotta e una forza cogente notevolmente attenuata, ovvero privilegiato invece soluzioni di rottura più *soft*, attraverso la riconduzione delle norme entro i crismi della determinatezza col riferimento al diritto vivente ovvero col mezzo tecnico delle sentenze interpretative di rigetto. E' solo in tempi relativamente recenti, e comunque in ipotesi limitatissime rispetto all'informe universo normativo indeterminato, che la Corte ha dimostrato un accoglimento effettivo del principio, espungendo dall'ordinamento le norme tacciate di indeterminatezza.

Tale fenomeno di diffidenza è da ricondurre, da un lato, ad una scarsa dimestichezza prima di tutto dommatica, dimostrata dalla giurisprudenza – almeno negli approcci meno recenti –, nei confronti del principio di

---

<sup>256</sup> PALAZZO, *Orientamenti dottrinali*, cit., p. 28.

determinatezza-tassatività e della sua esatta collocazione nel nostro ordinamento giuridico; dall'altro, al timore delle conseguenze pratiche derivanti dal suo pieno riconoscimento, probabilmente incalcolabili e ingestibili, individuate nell'obbligatoria eliminazione di una porzione molto consistente del patrimonio normativo penale, con un conseguente pericoloso vuoto di tutela<sup>257</sup>.

Peraltro, sul terreno della determinatezza si gioca una battaglia tutta incentrata sulla forma, sulla veste giuridica della norma; e non invece sui contenuti di politica criminale sottesi alle norme, tema su cui le divergenze sono in genere più accese e su cui è sensibilmente più vasta la produzione giurisprudenziale di sentenze di accoglimento della Corte costituzionale<sup>258</sup>.

E' peraltro possibile tracciare, pur nella contaminazione tra alcuni indirizzi che rivivono al di là del tempo in cui trovano luce, una mappatura diacronica delle fasi che hanno contrassegnato l'atteggiamento della Corte costituzionale in rispetto al principio di determinatezza<sup>259</sup>.

In particolare, l'approccio successivo all'emanazione della neonata Costituzione era, come è comprensibile, fortemente cauto sia sul fronte della costruzione dommatica del principio sia su quello dei rapporti tra fonte ordinaria e fonte costituzionale. Il principio è *in fieri* e la sua forza è conseguentemente ancora poco incisiva.

Segue, a questa prima fase, un periodo di progressivo ma lento riconoscimento della cogenza del principio, caratterizzato dall'utilizzo di strumenti esegetici c.d. *soft*. La Corte consolida forme, per la verità tautologiche, di interpretazione della norma indeterminata che evitano la scure dell'incostituzionalità riconducendo, attraverso il procedimento esegetico, la norma entro i crismi costituzionali della determinatezza. Ciò avviene, facendo riferimento a concetti altrettanto indeterminati, rinvenuti forzatamente nel dettato normativo : il "significato linguistico" comune, attribuito dalla generalità dei

---

<sup>257</sup> PALAZZO, *Orientamenti dottrinali*, cit., p. 31. L'Autore individua nel timore di lasciare un vuoto di tutela dei beni giuridici una delle motivazioni principali della riluttanza della magistratura ordinaria a sollevare questioni di legittimità costituzionale, più che della Corte costituzionale a demolire le norme indeterminate.

<sup>258</sup> PALAZZO, *Orientamenti dottrinali*, cit., p. 29.

<sup>259</sup> PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, p. 356; FALLONE, *Il principio di tassatività nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. merito*, 2008, fasc. 1, p. 279 e ss..

consociati a termini di per sé indeterminati, o, ancor peggio, il “diritto vivente”, che determina e consolida, attraverso l’uniformità di interpretazioni fornite dai giudici, il significato di un termine che determinato non è.

Altre volte, la Corte invece intraprende un percorso dai risvolti leggermente più incisivi, intervenendo da protagonista nell’attività ermeneutica e nella ricostruzione del significato oscuro: arresosi di fronte alla indeterminatezza del dato normativo e all’irreperibilità di un significato comunemente percepito nella comunità o nell’interpretazione giurisprudenziale, la Corte effettua un intervento di ortopedia esegetica sul testo in funzione conservativa, addivenendo così ad una pronuncia interpretativa di rigetto.

Infine, la fase, che potremmo considerare - ottimisticamente – tutt’ora in corso, è infine quella del riconoscimento del principio nella sua pienezza, con il logicamente conseguente intervento demolitorio della Corte attraverso lo strumento della sentenza di accoglimento.

### *3.1. L’iniziale destrutturazione e negazione del principio*

La prima fase di approccio della Corte Costituzionale al principio di determinatezza è caratterizzata da una decisa diffidenza e da una chiara destrutturazione del principio, in termini di credibilità e rilevanza dello stesso nel nostro impianto costituzionale.

La prima sentenza di questa stagione costituzionale, collocata negli anni ’60, è dedicata all’analisi dell’art. 121 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza, approvato con R.D. 18 giugno 1931, n. 773, che prevedeva la fattispecie contravvenzionale di mancato ottemperamento all’obbligo di iscrizione nel registro presso l’Autorità locale di pubblica sicurezza, incombente sugli esercenti particolari mestieri.

Detta norma era da lungo tempo tacciata di indeterminatezza, riguardo al tipo di autore del reato e quindi all’ambito applicativo soggettivo della fattispecie: in particolare, l’art. 121 t.u.l.p.s., da un lato, enumerava una lunga serie di mestieri specifici, tra loro non accomunabili perché caratterizzati da forte eterogeneità, circoscrivendo le categorie di autori del reato, e, dall’altro, creava una breccia notevole nella determinatezza dell’autore di essi, inserendo, in chiusura,



l'espressione "mestieri analoghi"<sup>260</sup>. La fattispecie si configurava quindi ad analogia c.d. espressa e costituiva una palese violazione dell'art. 25, Cost., nel contenuto di principio che abbiamo delineato nel corso del Capitolo I.

La questione fu sottoposta al vaglio della Corte costituzionale, la quale, con la sentenza 27 maggio 1961, n. 27<sup>261</sup>, non solo la rigettò nel merito e tenne saldo l'art. 121 t.u.l.p.s., ma dimostrò una scarsa dimestichezza con le categorie concettuali del diritto penale, non distinguendo affatto determinatezza e tassatività.

La norma veniva denunciata dal giudice *a quo* per contrasto con l'art. 25 Cost., nella sua portata relativa al principio di tassatività e al divieto di analogia: il ragionamento che opera il giudice per decodificare il sintagma "mestieri analoghi" ha infatti natura analogica. Nessun riferimento era fatto al principio di determinatezza, nella sua dimensione autonoma, né dal giudice *a quo* né, successivamente, dalla Corte costituzionale.

Ebbene, la Corte, nel rigettare la questione, innanzitutto riconobbe il principio di espressa incriminazione<sup>262</sup> riferibile all'art. 1 c.p. e non all'art. 25 Cost.: con una certa confusione, la Corte omise quindi di analizzare il parametro costituzionale proposto dal giudice *a quo*.

Per di più, ritenne che il contenuto enunciativo di tale principio non postulasse necessariamente una rigorosa descrizione del fatto che, infatti, di frequente, non era rinvenibile nel patrimonio codicistico, ricco invece di descrizioni sommarie, espressioni estensive e indicazioni esemplificative chiuse con analogie espresse. Riempire di contenuto tali fattispecie ad analogia espressa non richiedeva, nell'opinione della Corte, un'analogia interpretativa, bensì un "*procedimento ordinario di interpretazione (...) diretto ad operare la inserzione di un caso in una fattispecie molto ampia e di non agevole delimitazione*".

In altre parole, preso atto di un panorama normativo fortemente indeterminato, la Corte non operò alcuna osservazione critica e, senza alcuno

---

<sup>260</sup> Nel caso che originò il rinvio alla Corte della questione di legittimità costituzionale, si incriminava un soggetto che svolgeva il mestiere di custode di auto, includendolo nel sintagma "e mestieri analoghi". E' evidente la casualità della scelta esegetica e, soprattutto, l'imprevedibilità con cui l'incriminazione cade sull'autore del reato, solo *ex post* rispetto alla commissione del fatto.

<sup>261</sup> La sentenza è in *Giur. cost.*, 1961, p. 357.

<sup>262</sup> E' interessante notare che, nel "*Considerato in diritto*", la Corte non si esprime mai in termini di tassatività, né tantomeno di determinatezza.

sforzo dommatico, mostrò addirittura di disconoscere l'esistenza del principio di determinatezza nella sua autentica portata.

Furono poi affrontate due questioni di legittimità costituzionale su due norme di legislazione speciale: l'art. 3, comma 2, della l. 23 ottobre 1960, n. 1369 e l'art. 3, n. 8 della l. 20 febbraio 1958, n. 75, introdotto con l'abrogazione dell'art. 531 c.p.. Tali sentenze destano interesse per ragioni diverse.

La prima sentenza 9 luglio 1963, n. 120 si occupa nuovamente, come nel caso appena trattato, di una fattispecie c.d. ad analogia espressa: nell'ambito applicativo soggettivo del reato di violazione del trattamento minimo normativo dei lavoratori dipendenti, ad una lunga serie di attività imprenditoriali esplicitamente incluse nella cornice normativa, seguiva un generico "*o attività similari*". La questione della contrarietà della norma all'art. 25 Cost. fu prontamente sottoposta alla Corte, ponendo in evidenza una differenza fondamentale tra il caso trattato e quello, precedentemente analizzato e respinto dalla Corte, dei "*mestieri analoghi*". Il giudice a *quo* rilevò infatti che nella fattispecie dell'art. 3, ritenuta indeterminata, l'elenco esplicito di attività era caratterizzato da profonda eterogeneità, per cui non era rinvenibile una *ratio* comune, sulla scorta della quale guidare l'attività interpretativa del giudice e scongiurare che si verificasse un fenomeno di giurisprudenza creativa<sup>263</sup>.

La Corte, di tutta risposta, rigettò la questione sostenendo apoditticamente che le fattispecie elencate nell'art. 3 fossero caratterizzate da omogeneità: sarebbero state infatti accomunate dall'esistenza di un rapporto di appalto e dalla ricomprensione dell'attività dell'impresa appaltatrice all'interno del ciclo di produzione dell'azienda dell'impresa appaltante. Sulla base di tali elementi il giudice avrebbe potuto condurre un'attività squisitamente esegetica per individuare l'ambito applicativo, senza incorre nel divieto di analogia. La Corte non si esprime ancora chiaramente in termini di determinatezza, ma tenne ben presente in tal caso il parametro dell'art. 25 Cost..

Diversamente, nella sentenza 16 giugno 1964, n. 44, la Corte affrontò una questione diversa dalle fattispecie ad analogia espressa e si occupò del reato di

---

<sup>263</sup> Fa così il suo esordio nella giurisprudenza costituzionale la considerazione della eterogeneità/omogeneità degli elementi oggetto di elenchi come criterio discrezionale tra fattispecie ad analogia espressa indeterminata e determinata.

agevolazione e sfruttamento della prostituzione di cui all'art. 3, n. 8 della l. 20 febbraio 1958, n. 75. Gli aspetti interessanti della questione sono due: da un lato, si affrontò per la prima volta un fenomeno di normazione sintetica ove oggetto della critica era la scarsa efficacia euristica delle descrizioni normative delle fattispecie; dall'altro, il parametro costituzionale utilizzato dal giudice *a quo* non fu l'art. 25 Cost., bensì gli artt. 13 e 27 Cost..

La Corte, nell'affrontare la questione, reputò innanzitutto opportuno ricondurre il principio di determinatezza entro il parametro costituzionale dell'art. 25 Cost. poiché non ritenne conferente la copertura degli artt. 13 e 27 Cost., che pur abbiamo invece evidenziato come fondamento del principio di determinatezza nel Capitolo I. Ancora una volta, tuttavia, la Corte non apparve inquadrare adeguatamente la questione ove ritenne che una previsione normativa generica e priva di contenuto fosse in “*contrasto col precetto costituzionale della espressa riserva di legge in materia penale, richiesta dall'art. 25 della Costituzione*”. Nessun riferimento vi fu infatti al principio di tassatività-determinatezza.

Nel merito, la Corte poi escluse che i concetti di agevolazione e sfruttamento fossero privi di obiettività ben definita, dal momento che potevano usufruire dell'elaborazione dottrinale operata sull'abrogato art. 531 del codice Rocco: tali attività avrebbero avuto “*un preciso e inconfondibile significato*”. E tuttavia la Corte si tradì nel passaggio successivo ove affermò che l'allargamento delle maglie della norma, attraverso lo strumento di normazione sintetica, per arrivare a coprire fenomeni prima non attratti nell'area dell'illecito, fosse stata una scelta encomiabile, dal momento che rispondeva alla politica criminale repressiva sul fenomeno della prostituzione. Appare infine, in chiosa alla sentenza, il seme di un fenomeno esegetico che vedremo caratterizzare gli interventi della Corte degli anni '70 sul principio di determinatezza: il riferimento al consolidato indirizzo giurisprudenziale – i.e. al diritto vivente – diviene la strada per riempire di contenuto determinato una fattispecie che determinata non appare.

E' solo con la sentenza 19 febbraio 1965, n. 7<sup>264</sup> che il principio di determinatezza viene affrontato dalla Corte con un atteggiamento critico giuridicamente più consapevole. Il problema di legittimità costituzionale è, sotto il

---

<sup>264</sup> La sentenza è in *Giur. cost.*, 1965, p. 50.

profilo dommatico, almeno inquadrato correttamente, poiché la Corte si rapporta in modo diretto con il parametro costituzionale dell'art. 25 Cost., facendo riferimento esplicito al principio di tassatività-determinatezza.

La rimessione della questione di legittimità costituzionale alla Corte origina da un processo di incriminazione per abuso d'ufficio c.d. innominato, secondo la vecchia formulazione dell'art. 323 c.p., che, come noto, incriminava il generico comportamento illegittimo doloso di trasgressione ad un dovere di ufficio da parte del pubblico ufficiale. La genericità strutturale della norma finiva per delegare al giudice l'individuazione della linea di demarcazione tra le condotte del pubblico ufficiale che costituissero un mero illecito amministrativo o disciplinare da quelle che sfociassero invece in condotte penalmente rilevanti. Ciò fu evidenziato nell'ordinanza di rinvio, in cui il giudice *a quo* sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p. per contrarietà all'art. 25 Cost..

La sentenza esprime un passo in avanti rispetto all'arresto del 1961, poiché il principio di determinatezza fu colto per la prima volta nella sua dimensione enunciativa complessiva, ricollegabile all'art. 25 Cost.. D'altra parte, non fu del tutto riconosciuta la sua portata effettuale in termini di ricaduta demolitoria sul reticolato normativo penale.

La Corte rigettò nel merito la questione, ritenendo - senza particolare impegno esplicativo e con un argomentare che potremmo definire tautologico - che la fattispecie fosse sufficientemente determinata e non lasciasse quindi margini di discrezionalità al giudice.

La difesa del tessuto lessicale dell'art. 323 c.p. operata dalla Corte appare per la verità farraginosa e scarsamente convincente, mal celando un pregiudizio negativo della Corte nei confronti dell'intima dignità del principio di determinatezza e soprattutto un vigoroso timore nell'inaugurare un *trend* di censure normative per indeterminatezza, le quali, considerata la situazione generale del Codice Rocco, avrebbe potuto assumere proporzioni incontrollabili.

La Corte infatti devia dalla censura principale dell'arbitrarietà della scelta affidata alla magistratura sulla selezione delle condotte punibili - che ritiene sinteticamente da escludere -, per spostare il fuoco dell'attenzione su una problematica che dovrebbe invece restare sullo sfondo: la possibilità, per vero

incontestata, di configurare quale presupposto del reato la violazione di una norma extrapenale. Il risultato fu una decisa pronuncia di infondatezza della questione di legittimità costituzionale.

Come noto, proprio sulla spinta della carenza di tassatività-determinatezza, troverà origine nel 1990 la riforma dell'art. 323 c.p..

### 3.2. Il “significato linguistico” delle parole

Dopo il primo periodo di disconoscimento del principio da parte della Corte, prima con un atteggiamento radicalmente negatorio dello stesso e poi con una astuta minimizzazione delle conseguenze applicative che sarebbero derivate dal riconoscimento dell'operatività dello stesso, la Corte mostrò una maggiore apertura con alcune sentenze degli anni '70.

Il metodo inaugurato in questa stagione, per riconoscere con veemenza l'esistenza del principio di determinatezza, privandolo nel contempo delle sue ricadute applicative nel tessuto ordinamentale, opera su un piano squisitamente esegetico. La Corte non espunge le norme indeterminate, né interviene sul loro testo, modificandolo: semplicemente, riconosce nella norma una portata significativa insita nel dato testuale, apprezzabile dalla generalità dei consociati, sminuendo in tal modo l'apparente denunciata indeterminatezza.

Per cogliere il procedimento schiettamente creativo che si cela dietro tali *escamotage* esegetici, è bene analizzare diacronicamente le sentenze della Corte emblematiche di questa stagione.

Con la sentenza 16 dicembre 1970, n. 191<sup>265</sup>, la Corte analizzò la legittimità costituzionale degli articoli 527, 528 e 529 c.p., configuranti le fattispecie di atti osceni e pubblicazioni e spettacoli osceni. Nel caso dell'osceno, i giudici *a quo*, i cui giudizi furono riuniti, contestavano la valenza tautologica della definizione di “osceno” contenuta nell'art. 529 c.p., la quale avrebbe avuto portata polisemantica, individuata di volta in volta in misura proporzionale al grado di sensibilità dell'organo giudicante. Ciò, in palese violazione dell'art. 25 Cost..

La Corte affrontò la questione, riconoscendo *in primis* il principio di determinatezza scolpito nell'art. 25 Cost., ma limitandone poi la portata pratica

---

<sup>265</sup> La sentenza è in *Giur. cost.*, 1970, p. 2199.

con un principio di diritto dalle ricadute forti: “*il principio di legalità si attua (omissis) in talune ipotesi, con l’uso di espressioni sufficienti per individuare con certezza il precetto e per giudicare se una determinata condotta lo abbia, o meno, violato.*”. Con riferimento specifico all’osceno, la Corte ritenne che i valori immateriali permeanti una società fossero concetti tali da non necessitare di spiegazione e di concretizzazione per ritenersi determinati: sebbene tali valori si contestualizzino in base al momento storico, chiunque, interprete profano od operatore tecnico, è in grado di discernere le coordinate entro cui tali concetti – come quello di osceno - si definiscono. La determinatezza fu risolta, così, facendo riferimento alla generale comprensione dei comuni cittadini.

Con la sentenza 3 marzo 1972, n. 42<sup>266</sup>, la Corte affrontò una diversa ipotesi normativa, caratterizzata anche essa da una portata significativa fortemente indeterminata: l’art. 570 c.p., configurante il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare. L’ipotesi fa riferimento all’“assistenza familiare”, concetto valoriale dai confini indeterminati per la cui definizione è necessaria l’integrazione delle varie esegesi giudiziarie, tra loro potenzialmente in contrasto. Il legislatore, nell’opinione dei giudici *a quo* nei giudizi riuniti, non offriva parametri obiettivi che potessero orientare l’interpretazione del giudice soprattutto sotto il profilo causale, e, cioè, soprattutto nel momento in cui egli ovesse stabilire se una determinata condotta di abbandono del nucleo familiare, o comunque contraria all’ordine e alla morale familiare, integrasse o meno la violazione degli obblighi di assistenza. Ciò avrebbe violato l’art. 25 Cost., e, consentendo ad ogni giudice di individuare il proprio personale concetto di assistenza familiare, anche l’art. 3 Cost..

La Corte affrontò la questione in modo analogo all’analisi della questione di legittimità costituzionale della nozione di osceno: rinvenne nella comune percezione diffusa tra i cittadini del concetto di assistenza familiare la bussola per orientare il giudice nell’ermeneutica e risolvere *ab interno* il problema della determinatezza. La Corte riconobbe così che il principio di determinatezza fosse rispettato ogni qualvolta il legislatore, per la descrizione di una fattispecie, avesse

---

<sup>266</sup> La sentenza è in *Giur. cost.*, 1972, p. 187.

fatto ricorso a concetti extragiuridici diffusi e generalmente compresi nella collettività in cui opera il giudice.

In questo modo, la Corte stessa restò completamente cieca di fronte al grave problema della variabilità di significato che i singoli soggetti, operatori tecnici o comuni cittadini, attribuiscono ai concetti extragiuridici, a carattere etico e morale, che non può che scontrarsi irrimediabilmente con il principio di determinatezza, laddove il legislatore non offra dei parametri netti cui legare l'esegesi normativa del concetto indeterminato.

Infine, i toni non cambiarono con la sentenza 30 gennaio 1974, n. 20<sup>267</sup>, in cui la Corte la Corte passò ad occuparsi di una tematica penale molto delicata: i reati di opinione. In particolare, affrontò la tematica del reato di vilipendio di cui all'art. 290 c.p., con riferimento alla Repubblica, alle istituzioni costituzionali e alle forze armate.

I giudici a quo rilevarono che il concetto di vilipendio è dotato, come noto, di estrema genericità e connotazione soggettivistica, di guisa che risulta arduo distinguere tra libera manifestazione del pensiero, tutelata costituzionalmente nel diritto di critica, e estrinsecazione illecita del proprio patrimonio di opinioni. Inoltre, questa labile linea di confine finisce per essere gravemente impattata dal patrimonio culturale dell'autore e dalla sua capacità di contenere le proprie manifestazioni aggressive entro toni accettabili, con innegabili ripercussioni sul principio di uguaglianza.

Ebbene, la Corte, di fronte a tale denuncia di indeterminatezza della fattispecie e del suo concetto chiave, liquidò brevemente la questione sostenendo che il fatto di reato fosse ancorato a concetti diffusi e generalmente compresi dalla collettività in cui il giudice operava.

Con la sentenza 8 luglio del 1975, n. 188<sup>268</sup> tornò sul tema del vilipendio, questa volta riferito alla religione di Stato. In particolare, il giudice *a quo* del Tribunale di Trani sollevò questione di legittimità costituzionale dell'art. 403 c.p., *inter alia*, per contrasto con l'art. 25 Cost.. La nozione di vilipendio infatti

---

<sup>267</sup> La sentenza è in *Giur. cost.*, 1974, p. 73.

<sup>268</sup> La sentenza è commentata in *Il diritto ecclesiastico*, 1975, fasc. 4, p. 283, con nota di ALBISETTI, *Vilipendio della religione e libertà di manifestazione del pensiero* e, a seguire, di SIRACUSANO, *Art. 403 c.p. e tutela penale del sentimento religioso*.

ha, come abbiamo testé precisato, contorni del tutto indeterminati e lascia amplissima discrezionalità al giudice in merito alla selezione delle condotte configuranti il reato.

La Corte minimizzò la carenza di determinatezza ritenendo che non fossero contrarie al principio di legalità, nella specifica declinazione della determinatezza, le fattispecie c.d. a forma libera *“che richiamano, cioè, con locuzioni generiche, ma di ovvia comprensione, concetti di comune esperienza o valori etico-sociali oggettivamente accertabili dall’interprete.”*. La Corte ribadì un importante principio: tassatività non vuol dire descrittività. Analizzeremo queste implicazioni nel capitolo successivo ove ci occuperemo di analizzare se siano individuabili delle tecniche normative che si mostrino maggiormente in grado di soddisfare il principio di determinatezza.

La questione della legittimità costituzionale dell’art. 403 c.p. venne riproposta nell’ordinanza del 31 luglio 1989, n. 479, in cui la Corte ne dichiarò tuttavia l’inammissibilità.

Una tecnica simile fu adottata dalla Corte in alcune sentenze sulla tutela penale delle norme di sicurezza sul lavoro, che facevano rinvio a dati esogeni o di competenza tecnica..

In particolare nella sentenza 9 giugno 1971, n. 125, con la quale il giudice *a quo* sottoponeva alla Corte costituzionale il giudizio di legittimità costituzionale dell’art. 28 della l. 17 ottobre 1967, n. 977, che incriminava le attività lavorative pericolose per fanciulli e adolescenti. Nel caso di specie, la norma sottoposta a scrutinio della Corte non stabiliva quali fossero le attività non industriali pericolose per un adolescente e quindi illecite, bensì si limitava a fare generico riferimento ad una valutazione che avrebbe operato sul punto l’Ispettorato provinciale del lavoro. La Corte affrontò il problema in modo estremamente superficiale, ritenendo che tassatività non equivalesse a descrittività e che fosse assolutamente consentito al legislatore il ricorso a “nozioni proprie dell’intelligenza comune”, di guisa che fosse discernibile per chiunque il limite tra l’illecito e il lecito. Ebbene, la nozione di pericolosità dell’attività lavorativa fu considerato, nell’opinione della Corte, un dato di ordinaria esperienza che non



avrebbe avuto bisogno di competenze tecniche per essere compresa. La questione fu per tali ragioni ritenuta infondata.

Sempre in tema di tutela penale del diritto del lavoro, si attestano le sentenze 20 aprile 1988, n. 475, in merito all'art. 24 del d.p.r. 19 marzo 1956, n. 103; e 18 luglio 1996, n. 312, in merito all'art. 41 del d.lgs. 15 agosto 1991, n. 277. Entrambe le norme sottoposte a scrutinio di legittimità costituzionale illustravano la disciplina concernente gli obblighi del datore di lavoro di prevenire i danni da rumore, attraverso una generica tecnica di rinvio alle conoscenze specifiche invalse nel settore in un determinato momento storico. La Corte rigettò in entrambi i casi il rilievo dell'indeterminatezza sostenendo che il rinvio ad altre fonti del diritto o extragiuridiche non costituisse in alcun modo violazione del principio di determinatezza, dal momento che quelle nozioni erano agevolmente ricavabili da chiunque in base all'analisi degli standards di sicurezza propri di ciascuna attività produttiva.

In questi casi, la Corte ripara all'indeterminatezza del dato normativo, rinviando alla nozione tecnica ricostruibile in base a fonti estranee a quella penale. Ciò si verificò anche nell'ordinanza 18 luglio 1997, n. 270, in merito agli artt. 9 e 18 del d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 132, sulla disciplina in tema di rifiuti concernente i casi di autorizzazione allo scarico indiretto. Nel caso di specie, la Corte negò l'indeterminatezza del termine "biocidio", sostenendo che il suo significato linguistico fosse agevolmente ricavabile attraverso un'analisi serrata della disciplina tecnica e scientifica in tema di rifiuti.

Se nei casi predetti, la Corte ricostruì il dato normativo attraverso il riferimento ad una normativa tecnica e di settore, in altri casi operò un ragionamento inverso, banalizzando la portata tecnica di un termine e sostenendo la sua intelligibilità in base alla comune esperienza. Facendo ciò, essa offrì chiaramente una risposta del tutto insoddisfacente al giudice *a quo* che lamentasse l'irreperibilità di un significato tecnico della norma e la conseguente difficoltà applicativa della fattispecie<sup>269</sup>. In tali caso, il giudice *a quo* si rivolgeva alla Corte per denunciare ad essa non l'assenza di un significato intellegibile del termine o

---

<sup>269</sup> PALAZZO, *Orientamenti dottrinali*, cit., p. 53.

dell'espressione indeterminata, bensì l'assenza di un significato di tipo tecnico-giuridico di una parola apparentemente comprensibile da chiunque.

Ciò si verificò ad esempio nella sentenza 2 giugno 1983, n. 156<sup>270</sup> dove il giudice costituzionale si rifiutò di riconoscere l'indeterminatezza tecnica del concetto di costruzione edilizia, riconoscendo l'intelligibilità generale del termine stesso.

Infine, tra le altre pronunce minori di questa stagione ermeneutica, si ricordano: l'ordinanza 13 giugno 1983, n. 169, con riferimento al reato di esercizio abusivo della professione di cui all'art. 348 c.p. in combinato disposto con l'art. 1 d.p.r. 27 ottobre 1953, n. 1068 (concernente il regolamento dell'iscrizione all'albo dei ragionieri), in cui la Corte ribadì che il principio di determinatezza non fosse violato quando il legislatore, nella redazione della fattispecie, utilizzasse espressioni meramente indicative o di rinvio alla pratica diffusa nella collettività in cui l'interprete opera; l'ordinanza 29 giugno 1983, n. 195, con riferimento alle disposizioni sull'assegno bancario, sull'assegno circolare e su alcuni titoli speciali dell'Istituto di emissione, del banco di Napoli e del Banco di Sicilia di cui all'art. 116, n. 2, del r.d. 21 dicembre 1973, n. 1736, in cui la Corte ribadì la legittimità dell'utilizzo di espressioni riferite a nozioni e concetti di uso comune, *“per i quali non si richiede al giudice un impegno diverso dal normale compito di interpretazione.”*.

Purtroppo, l'aggiramento furbesco del problema della discrezionalità e dell'indeterminatezza attraverso il riferimento ad un apparente significato *self-evident* della norma incriminatrice non è una tecnica tramontata con la stagione degli anni '80. Di recente, con la sentenza 26 gennaio 2009, n. 21<sup>271</sup> la Corte ha riutilizzato questo *escamotage* per escludere l'indeterminatezza dell'art. 12, co. 1, del D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (testo unico sull'immigrazione).

L'ipotesi normativa sottoposta al vaglio di legittimità fu il favoreggiamento dell'emigrazione illegale (i.e. contraria alla legislazione del paese straniero di destinazione). Il giudice *a quo* riteneva indeterminato il dato normativo, dal momento che l'illiceità veniva fatta dipendere da una fonte

---

<sup>270</sup> La sentenza è in *Giur. cost.*, 1983, I, p. 885.

<sup>271</sup> La sentenza è in *Giur. Cost.*, 2009, fasc. 10, p. 2130, con nota di BONOMI, *Riserva di legge in materia penale, determinatezza delle fattispecie criminose e rinvio al diritto straniero.*

estranea al nostro ordinamento, ossia la legislazione straniera, attraverso la tecnica della clausola di illiceità speciale. Peraltro, il giudice remittente poneva in evidenza la sussistenza di profonde oscillazioni interpretative in merito alla configurabilità della fattispecie nei casi di mero transito nel territorio straniero, che avrebbero contribuito a rendere del tutto inafferrabile il *quid* essenziale del fatto tipico.

Secondo la Corte tuttavia, “*quale sia la condotta repressa dalla norma denunciata è (...) immediatamente percepibile*”. La difficoltà di individuare lo Stato di destinazione e la sua legislazione in tema di flussi migratori – sostenne la Corte - rappresentano difficoltà di mero fatto, agevolmente risolvibili con l’ignoranza scusabile di cui all’art. 5 c.p. reinterpretato dalla Corte con la sentenza 364 del 1988. Quanto alla divergenza di opinioni in merito all’esatta tipicità del reato, essa appariva alla Corte un rilievo influente poiché, afferendo alla rilevanza o meno delle dichiarazioni del migrante di voler utilizzare lo Stato straniero come mero Stato di transito, riguarderebbe una mera questione probatoria o di fatto, che non può influire sulla struttura della fattispecie.

Sebbene le conclusioni della Corte siano sul punto probabilmente condivisibili, non condivisibile appare il metodo, che tende a banalizzare i dubbi interpretativi e i contrasti normativi originati dall’indeterminatezza della fattispecie, postulato un’incontrovertibilità del testo normativo che all’evidenza è invece carente.

### *3.3. Il diritto vivente nella duplice accezione*

Il passo successivo della Corte Costituzionale è stato, sulla scia della negazione delle conseguenze applicative del principio di determinatezza attraverso il riferimento al significato linguistico delle parole, quello di riconoscere in via teorica il principio di determinatezza, ma di salvare nel contempo le norme tacciate di indeterminatezza, ricostruendone il significato attraverso il riferimento al consolidamento dello stesso operato dalle interpretazioni della classe giudiziaria.

Secondo questa metodologia, il diritto vivente interviene in funzione salvifica della norma indeterminata, decondizionandone il significato. La Corte,

peraltro, implementò due diverse tecniche interpretative fondate sul diritto vivente: secondo una prima accezione, il diritto vivente poteva impedire l'espunzione della norma indeterminata quando l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza ordinaria fosse caratterizzata da uniformità, costanza e univocità; secondo un'accezione ancora più estrema, invece l'esegesi giudiziaria poteva evitare la caduta della norma anche ove si registrasse una certa eterogeneità di interpretazioni stratificate sulla norma che tuttavia non superassero una soglia per così dire fisiologica di oscillazione di significati.

Innanzitutto va chiarito che il riferimento al diritto vivente non era per la Corte Costituzionale una novità assoluta, se già con la sentenza 23 giugno 1956, n. 3, la Corte, pur ribadendo la sua autonomia di giudizio rispetto ai precedenti giudiziari, affermava che oggetto della sua valutazione di legittimità costituzionale dovesse essere non solo la disposizione in sé ma anche la “*costante interpretazione giurisprudenziale che conferisca al precetto legislativo il suo effettivo valore nella vita giuridica, se è vero – come è vero – che le norme sono non quali appaiono proposte in astratto, ma quali sono applicate nella quotidiana opera del giudice intesa a renderle concrete ed efficaci*”<sup>272</sup>. Tuttavia, l'utilizzo del diritto vivente in funzione salvifica costituisce una novità e si svela quale visione estrema, nella misura in cui postula di valorizzare al massimo un dato – come l'uniformità delle interpretazioni – che non riceve una vera e propria disciplina giuridica nel nostro ordinamento – se non limitatamente alla funzione nomofilattica della Corte di Cassazione – e che finisce invece per “ammiccare” al principio del *binding precedent*, il quale, come noto, non ha cittadinanza costituzionale nel nostro ordinamento.

Peraltro, risulta perfino superfluo notare che riferirsi al diritto vivente per superare la vaghezza ontologica del dato normativo, appellandosi ad una sorta di tassativizzazione giurisprudenziale, sconfessa le finalità principali del principio di determinatezza<sup>273</sup>, poiché, da un lato, consente che la *regula iuris* sia creata dalla

---

<sup>272</sup> E' evidente in questo approccio l'influenza esercitata dalla distinzione tra norma e disposizione, per cui si rinvia a CRISAFULLI, *Disposizione e norma*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 195 e ss. Su un'analisi approfondita dell'approccio generale della Corte Costituzionale fino agli anni '80 al diritto vivente, di rinvia a ZAGREBLESKY, *La dottrina del diritto vivente*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Milano, 1988, p. 97 e ss..

<sup>273</sup> PALAZZO, *Orientamenti dottrinali*, cit., p. 41.

classe giudiziaria e, dall'altro, non garantisce la necessaria chiarezza del precetto sin dal momento della sua prima applicazione, che si colloca, come è logico, in un frangente temporale precedente al consolidarsi stesso dell'indirizzo giurisprudenziale<sup>274</sup>.

La pronuncia che inaugura questa fase, cronologicamente collocata negli anni '80, è l'ordinanza 19 ottobre 1988, n. 983, sul giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1-sexies della l. 8 agosto 1985, n. 431 recante disposizioni urgenti per la tutela delle zone di particolare interesse ambientale, per mancata determinazione di precetto e sanzione in violazione dell'art. 25 Cost..

La questione fu velocemente liquidata dalla Corte, attraverso il riferimento ad alcuni pendenti giudizi sollevati successivamente all'ordinanza di rimessione del giudice *a quo* che avrebbero potuto fornire un'interpretazione precipua dell'articolo in esame: era quindi necessario che il giudice *a quo* nel modificato quadro interpretativo valutasse la bontà dell'esegesi eventualmente fornita, prima di stabilire se i dubbi di legittimità fossero insuperabili. La pronuncia fu quindi di restituzione degli atti a giudice remittente.

La visione proposta dalla Corte fu in questo caso addirittura paradossale perché la norma non era di per sé munita di sanzione né di precetto e tecnicamente, non essendo stata ancora soggetta ad applicazione, non avrebbe potuto essere salvata dalla Corte attraverso il riferimento all'argomento del diritto vivente. Tuttavia la Corte evitò la demolizione della norma, appellandosi alla mera possibilità che la magistratura ordinaria riuscisse nel suo compito elettivo di reperire il significato della disposizione salvandola dalla scure della illegittimità per indeterminatezza<sup>275</sup>. Tale modo di procedere, portato a conseguenze paradossali, induce a concludere che l'argomento del diritto vivente sia idoneo a escludere qualsivoglia pronuncia di illegittimità costituzionale per difetto di determinatezza, attraverso il riferimento alle possibili interpretazioni che il diritto vivente potrebbe consolidare sul dato normativo indeterminato.

---

<sup>274</sup> E la Corte sembra notare il paradosso offerto da quest'utilizzo del diritto vivente in funzione salvifica nella sentenza 30 luglio 2008, n. 327 ove afferma, con argomentazioni scivolose, che il diritto vivente ha il mero ruolo di "*elemento di conferma della possibilità di identificare, sulla scorta d'un ordinario percorso ermeneutico, la più puntuale valenza di un'espressione normativa in sé ambigua generica o polisensa.*".

<sup>275</sup> PALAZZO, *Orientamenti dottrinali*, cit., p. 56.

Sullo stesso art. 1-sexies<sup>276</sup>, con particolare riferimento al rinvio operato da questo all'art. 20, lett. c) della l. 47 del 1985, intervenne nuovamente la Corte il 29 marzo 1993 con la sentenza n. 122<sup>277</sup>: nel caso di specie, il giudice remittente considerava contraria al principio di determinatezza la mancata fissazione, nella fattispecie incriminatrice, della forbice edittale, i cui limiti dovevano quindi individuarsi mediante un procedimento schiettamente esegetico. Venne in gioco in questa ipotesi il principio di determinatezza riferito non all'illecito ma alla sanzione penale.

La Corte, dichiarata ammissibile la questione, ne riconobbe tuttavia la manifesta infondatezza sostenendo che, se era necessario garantire che fosse la legge a fissare la sanzione penale, tuttavia non poteva riconoscersi la contrarietà al principio di determinatezza di ogni determinazione incerta o priva di rigore formale della pena, poiché in tal caso era il giudice, con il suo intervento, a poter - e dover - precisare il contenuto della sanzione stessa, fondandosi sugli elementi normativi a sua disposizione, sufficienti a indicare il corretto procedimento da seguire.

La Corte piantò peraltro il seme di un metodo che vedremo - di seguito - caratterizzare alcune sentenze interpretative di rigetto e che si fonda sulla necessità di non considerare il singolo elemento indeterminato atomisticamente, bensì nel contesto sistematico e globale della normativa in cui è inserito e da cui può trarre significato.

Ebbene, nel caso in esame, la Corte pose in rilievo come, nel disordinato reticolo normativo che caratterizza la legislazione ambientale, la Corte di Cassazione avesse proposto una propria specifica ricostruzione esegetica idonea a fissare in maniera piuttosto precisa precetto e sanzione; tale interpretazione, da un lato, non era sotto alcun profilo contestabile dalla Corte Costituzionale e, dall'altro, data l'uniformità di utilizzo dalle Corti ordinarie, offriva una certa garanzia di certezza e stabilità del dettato normativo così ricostruito.

---

<sup>276</sup> Su questo tema, TURCO, *Appunti per una riflessione sulla giurisprudenza costituzionale relativa al reato di cui all'art. 1 sexies l. 8 agosto 1985, n. 431*, in *Riv. pen.*, 1993, fasc. 1, p. 13.

<sup>277</sup> La sentenza è in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 1993, fasc. 7 e 8, p. 402, con nota di PASCONE, *La Corte costituzionale e la discrezionalità legislativa: aspetti di un difficile rapporto* e in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1993, fasc. 5, p. 687, con nota di CALVIERI, *Alcune osservazioni in tema di legalità ed eguaglianza alla luce delle sentenze della Corte Costituzionale n. 122 e 269 del 1993*.

La questione venne nuovamente riproposta alla Corte costituzionale, con esiti analoghi, nella sentenza 18 luglio 1997, n. 247, in cui ne venne dichiarata tuttavia l'inammissibilità.

Il tema dei reati ambientali è uno dei più caldi in termini di contrasto tra giurisprudenza ordinaria e costituzionale sul tema della determinatezza, poiché, a fronte dell'intricatissimo panorama legislativo, numerosi sono stati i segnali di difficoltà mostrati dai giudici remittenti nell'esatta delimitazione e applicazione delle norme ambientali; ma altrettanto numerosi sono stati i responsi negativi opposti dal giudice costituzionale<sup>278</sup>.

Segue l'ordinanza 18 gennaio 1989, n. 11<sup>279</sup>, avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, commi 4 e 6, della l. 18 aprile 1975, n. 110 sul controllo delle armi, munizioni ed esplosivi. La norma, ricomprendendo nel suo ambito applicativo soggettivo i soggetti diversi dai fabbricanti di armi-giocattolo, non operava per essi una descrizione compiuta delle condotte costituenti illecito penale.

La Corte, nell'ipotesi in esame, in una semplice ordinanza, propose una visione nuova e, pur constatando la carenza del dato testuale, ritenne sufficiente, ai fini della determinatezza, che il significato intimo della fattispecie e la sua definizione fossero operati dalla magistratura con giurisprudenza costante. In particolare, la Corte di Cassazione, seguita poi da Corte Costituzionale e dalla stessa Cassazione a Sezioni Unite, aveva enucleato già in passato dalla norma due diversi precetti, l'uno riferito ai fabbricanti di giocattoli, concretizzantesi nel divieto di fabbricare giocattoli riproducenti armi con caratteristiche precisamente indicate nella norma; l'altro rivolto ai soggetti diversi e costituito dal divieto di detenere, acquistare, vendere, portare fuori dall'abitazione o usare le predette armi giocattolo<sup>280</sup>.

---

<sup>278</sup> PALAZZO, *Orientamenti dottrinali*, cit., p. 47.

<sup>279</sup> La sentenza è in *Giur. cost.*, 1989, fasc. 2, p. 29 con nota di PAPA, *La questione di costituzionalità relativa alla disciplina delle armi giocattolo: il diritto vivente tra riserva di legge e determinatezza della fattispecie*. Si rinvia inoltre al commento critico di LAGHEZZA, *Ancora una pronuncia in tema di armi giocattolo*, in *Cass. pen.*, 1989, fasc. 11, p. 1950.

<sup>280</sup> Come mostra il PALAZZO, *Orientamenti dottrinali*, cit., p. 53, l'intervento interpretativo offerto dalla giurisprudenza richiamato dalla Corte costituzionale mostra un approccio schiettamente creativo che si insinua su una vera e propria lacuna normativa. Prova ne sia che il legislatore stesso intervenne successivamente a chiarire la portata della norma in una direzione del tutto differente da quella seguita dalla giurisprudenza costante.

In tal caso, è evidente il paradosso: la norma nasce indeterminata e si pone rimedio al suo difetto negli interstizi di discrezionalità giudiziaria che essa visibilmente lascia e che costituiscono proprio il più grave rischio delle norme indeterminate. Il significato mancante è attribuito proprio da parte di quel potere – i.e. potere giudiziario – che, seguendo i dettami del principio di determinatezza, dovrebbe restare fuori dall’operazione di genesi normativa. Nell’impostazione della Corte, in altre parole, può dirsi determinata una norma quando i suoi confini applicativi sono unanimemente individuati da una giurisprudenza granitica e costante, che perciò solo – quasi ad introdurre una teoria del precedente vincolante congeniale ai sistemi di *common law* – deve essere seguita. Qui, si preserva il mantenimento di un significato stabile, ma si ignorano le radici e le fondamenta del principio di determinatezza, che si innestano, *inter alia*, sul principio democratico e sulla separazione dei poteri<sup>281</sup>.

Tale discutibilissima impostazione venne in qualche modo ripresa, in termini ancor più criticabili, nella seconda versione dell’argomento del diritto vivente che la Corte mise a punto per neutralizzare il difetto di determinatezza della norma giuridiche penali.

Ciò si verificò nell’ordinanza 15 novembre 1989, n. 507, avente ad oggetto gli artt. 7 e 9, commi 1 e 2, della l. 27 dicembre 1956, n. 1423, sulle misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e la moralità pubblica, come modificato dall’art. 12 della l. 13 settembre 1982, n. 646.

Tale normativa veniva considerata costituzionalmente incompatibile dal giudice remittente, *inter alia*, per contrasto con l’art. 25 Cost., poiché configurava una fattispecie di conio interamente giurisprudenziale: l’inosservanza degli obblighi di sorveglianza speciale stabiliti giudizialmente e comunicati al questore per l’esecuzione. Il giudice *a quo* evidenziò l’incertezza interpretativa registratasi sul momento genetico della fattispecie, derivante dalla carenza di tipizzazione adeguata della fattispecie. In particolare, alcuna giurisprudenza identificava il momento perfezionativo della fattispecie nella reiterazione della comunicazione del decreto disponente la misura di prevenzione; altra, nell’accompagnamento coattivo dell’obbligato nel Comune di soggiorno.

---

<sup>281</sup> Molto critico su questa pronuncia appare PALAZZO, *Orientamenti dottrinali*, cit., p. 41



Ebbene, la risposta della Corte fu sorprendente poiché dichiarò la inammissibilità della questione, causata dal fatto che il giudice *a quo*, avendo innanzi a sé una pletora di interpretazioni a disposizione, la cui disomogeneità non sembrava superare la soglia di contrasto fisiologico operante su una qualunque disposizione normativa, non aveva esercitato il proprio compito di selezionare una di esse e si era limitato invece a portare innanzi alla Corte un mero dubbio interpretativo.

La visione è in questo caso del tutto miope, poiché la Corte *bypassa* totalmente la denuncia di pluralità di significato della disposizione - che va sempre ritenuta intollerabile -, concretizzata nella presenza di indirizzi esegetici tra loro in contrasto, dichiarando che sia invece compito del giudice selezionare tra i possibili significati operativi quello che risulti per lui maggiormente convincente, realizzando così, *inter alia*, il rischio di diseguaglianza, che la presenza del principio di determinatezza nell'ordinamento giuridico penale mira invece a scongiurare.

Con questa pronuncia la Corte utilizza l'argomento del diritto vivente nella seconda accezione che abbiamo illustrato in precedenza: non esiste una giurisprudenza costante che chiarisca una volta e per tutte il significato da attribuire alla norma indeterminata; tuttavia, esiste un grado di indeterminatezza per così dire tollerabile, normale, fisiologico, che si verifica quando all'interprete è comunque consentito di adempiere alla sua funzione elettiva: ricavare dalla norma un qualche significato plausibile. L'indeterminatezza diventa così tollerabile quando l'oscillazione dei significati ricavabili dalla norma sia, quantitativamente, trascurabile.

Lo stesso approccio è utilizzato nella sentenza 31 luglio 1989, n. 472<sup>282</sup>, in tema di mancata corresponsione dell'assegno dovuto al coniuge divorziato; così come nella sentenza 11 luglio 1991, n. 333, relativa al concetto di modica quantità in relazione alla disciplina degli stupefacenti.

---

<sup>282</sup> La sentenza è in *Giust. pen.*, 1990, I, p. 142. Per una nota critica, PISANI, *Sulla tutela penale della mancata corresponsione all'ex coniuge dell'assegno di divorzio*, in *Cass. pen.*, 1990, fasc. 3, p. 382.

### 3.5. Le sentenze interpretative di rigetto

Con la quarta fase di approccio al principio di determinatezza, la Corte adotta un ulteriore *escamotage* esegetico: non è pronta ad una demolizione *tout court* delle norme indeterminate e tenta, con un certo sforzo ricostruttivo, un salvataggio *in extremis* delle stesse attraverso lo strumento decisionale della sentenza interpretativa di rigetto<sup>283</sup>.

Un pronuncia che manifesta emblematicamente questo approccio della Corte è la sentenza 27 febbraio 1973, n. 15 in cui la Corte affrontò il delicatissimo tema delle grida e manifestazioni sediziose di cui agli artt. 654 e 655 c.p. e delle manifestazioni fasciste di cui all'art. 5 della l. 20 giugno, 1952, n. 645.

I giudici *a quo* sostenevano che le fattispecie non fossero ulteriormente qualificate e lasciassero all'interprete una discrezionalità interpretativa inaccettabile nel definire la sfera del lecito, poiché i termini erano così lati da ricomprendere manifestazioni tra loro fortemente eterogenee accomunate da una vaghissima minaccia a carattere sociale o politico, la quale non poteva che essere affidata a una valutazione soggettiva contingente dell'interprete chiamato a operare sulla fattispecie concreta.

Ebbene la Corte rigettò la questione, qualificando essa stessa, in accordo con la sua giurisprudenza (Corte Cost. 8 luglio 1957, n. 120), cosa dovesse intendersi per “atteggiamento sedizioso”, nel suo significato inequivocabile: ciò che “*implica ribellione, ostilità, eccitazione al sovvertimento delle pubbliche istituzioni, e che risulti in modo concreto idoneo a produrre un evento pericoloso per l'ordine pubblico*”. Ciò fece anche con riferimento a “manifestazioni fasciste” che identificò come quelle che “*in relazione alle circostanze di tempo, di luogo e ambiente in cui si svolgono e per le loro obiettive caratteristiche, siano comunque idonee a far sorgere la situazione di pericolo di ricostituzione del partito (n.d.r. fascista)*”.

In tal caso, la Corte non fece riferimento alla giurisprudenza consolidata della Cassazione sul punto, né ad una necessità che fosse il giudice ordinario a

---

<sup>283</sup> Sulle criticità di questo strumento in materia penale PEDRAZZI, *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975, p. 646; D'AMICO, *Sulla costituzionalità della decisioni manipolative in materia penale*, in *Giur. it.*, 1990, IV, p. 254 e ss.

cimentarsi nell'opera ermeneutica, né infine si riferì a una nozione generalmente apprezzabile da ogni singolo cittadino: la Corte assunse qui lo scettro dell'ermeneutica e si richiamò a se stessa per definire concetti indeterminati. Ne derivò una declaratoria di infondatezza della questione, che cela tuttavia un intervento latamente additivo della Corte.

Successivamente, con la sentenza 15 novembre 2000, n. 519<sup>284</sup>, che affrontò la legittimità costituzionale dell'art. 183 del Cod. pen. mil. di p. configurante anch'esso, nella materia penale militare, il reato di manifestazioni e grida sediziose, la Corte rigettò la questione facendo riferimento alla giurisprudenza consolidata nel diritto vivente: manifestazioni e grida che denotano oggettivamente ostilità e ribellione nei confronti delle istituzioni e dell'ordinamento militare, espresse in circostanze di fatto e con modalità tali da essere idonee a suscitare reazioni violente e sovvertitrici dell'ordine e della disciplina militare.

Di importanza determinante appare la pronuncia 16 maggio 1989, n. 247<sup>285</sup>, in merito alla legittimità costituzionale dell'art. 4 n. 7 della l. 7 agosto 1982, n. 516 (Conversione in legge con modificazioni del D.L. 10 luglio 1982, n. 429, recante norme per la repressione dell'evasione in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto e per agevolare la definizione delle pendenze in materia tributaria). Con tale norma, il legislatore configurava il reato di frode fiscale, ma nel contempo delegava al giudice la decisione in merito alla effettiva repressione penale del fatto, stabilendo che la fattispecie contemplasse, nella sua tipicità, un'alterazione "in misura rilevante" del risultato della dichiarazione.

La sentenza ha un'importanza storica dal momento che, per la prima volta, la Corte fu scrupolosa nel riferirsi al principio di determinatezza come categoria giuridica distinta e separata dalla tassatività. Detto ciò, la questione di legittimità fu rigettata poiché l'indeterminatezza, secondo la Corte, non investiva un

---

<sup>284</sup> La sentenza è in *Riv. di polizia*, 2001, fasc. 2, p. 106, con nota di LIBERTINI, *Attività sediziose e manifestazione del pensiero nella legge penale militare*; e in *Rassegna della giustizia militare*, 2001, fasc. 1-3, p. 69, con nota di CAPPITELLI, *Sulla conformità alla Costituzione degli artt. 182 e 183 c.p.mil.p.*; e in *Giur. it.*, 2001, fasc. 7, p. 1322, con nota di GIANNOTTI, *Il concetto di sedizione militare tra determinatezza e offensività, in una pronuncia di rigetto della Corte costituzionale*.

<sup>285</sup> La sentenza è in *Riv. it. dir. e proc. penale*, 1989, 1194, con nota di PALAZZO, *Elementi quantitativi indeterminati e loro ruolo nella struttura della fattispecie (a proposito della frode fiscale)*; e in *Foro, it.*, 1989, I, p. 1685, con nota di INSOLERA ZANOTTI, *L'intervento interpretativo della Corte Costituzionale sulle ipotesi di frode fiscale ex art. 4, n. 7, della l. 516 del 1982*.

elemento costitutivo del reato, bensì una condizione obiettiva di punibilità, per cui il legislatore a monte aveva comunque effettuato l'opzione di sua competenza, in termini di disvalore della fattispecie e offensività del fatto, e aveva poi riservato al giudice la mera valutazione di un profilo quantitativo che non inficiava la propria scelta di disvalore, operata a monte.

La Corte, per addivenire alla pronuncia innanzitutto indagò sul ruolo strutturale dell'elemento tacciato di indeterminatezza nel contesto dell'intera fattispecie, al fine di chiarire se si trattasse di elemento costitutivo o di condizione obiettiva di punibilità, dipendendo dalla natura di tale elemento la competenza della Corte costituzionale nell'operare l'analisi di legittimità costituzionale sotto il profilo della determinatezza.

La Corte chiarì quindi che l'espressione "in misura rilevante" appartenesse alla categoria dei concetti elastici e che, nella fattispecie in esame, essa svolgesse un ruolo tipico di delimitazione della sfera di operatività dell'illecito, poiché aggiungeva un elemento ulteriore rispetto ad una fattispecie già dotata di disvalore penale. Esso costituiva una modalità quantitativa dell'evento la cui delega al giudice non poteva costituire violazione dell'art. 25 Cost., poiché il legislatore aveva mantenuto salda la sua opzione determinata in merito alla scelta di disvalore giuridico e contenuto offensivo da attribuire al fatto tipico.

L'elemento elastico della misura rilevante operava quale condizione obiettiva di punibilità, essendo peraltro anche estraneo al fuoco del dolo: rispetto agli elementi estranei al disvalore tipico del fatto, il principio di determinatezza deve in ogni caso operare, ma non in funzione di garanzia della libertà personale dei consociati; bensì in funzione della parità di trattamento tra gli autori del fatto illecito.

Ebbene, a questo punto la Corte verificò se la decodificazione dell'espressione pur indeterminata "in misura rilevante" fosse avvenuta nel rispetto del principio di uguaglianza, in funzione del quale operava la determinatezza. Tale verifica, ancora una volta, fece riferimento al diritto vivente: i criteri di stima forniti dalla giurisprudenza, parametrati alle condizioni contributive degli autori della dichiarazione e utilizzati per circoscrivere e determinare nel modo più preciso la nozione di "misura rilevante", furono ritenuti

idonei a scongiurare il rischio che la funzione di attribuzione del requisito di meritevolezza della pena da parte del giudice fosse svolta in violazione del principio di uguaglianza, e, quindi, di determinatezza.

Si è correttamente rilevato<sup>286</sup> che la Corte nella predetta sentenza inaugura l'argomento del tipo criminoso, stabilendo che la determinatezza deve corrispondere alla idoneità della fattispecie a individuare gli elementi essenziali del tipo giuridico di appartenenza: fattispecie oggettiva, soggettiva e bene giuridico tutelato.

La Corte interviene a ricostruire il significato normativo anche nella sentenza 13 maggio 1991, n. 203<sup>287</sup>, in cui la Corte valutò della legittimità costituzionale dell'art. 195, comma 2, Cod. pen. mil. di pace novellato dall'art. 5 della l. 26 novembre 1985, n. 689. Tale disposizione prevedeva una circostanza aggravante (di esercizio di violenza contro un inferiore) indefinita a discrezionalità bifasica, afferente sia il contenuto che l'applicazione stessa della misura. A fronte dell'attribuzione di tale discrezionalità, nell'opinione del giudice *a quo*, il legislatore non avrebbe fornito neanche un sistema valoriale minimo che indicasse il parametro preciso cui agganciare la valutazione giudiziaria, finendo per violare in modo ineliminabile il principio di tassatività-determinatezza.

Il giudice costituzionale, a fronte di questi rilievi, innanzitutto contestò la qualificazione della circostanza come circostanza indefinita, caratterizzata quest'ultima da una chiara opzione legislativa di non tipizzare i parametri di aumento di pena e di lasciare al giudice la valutazione della gravità degli stessi, e ritenne piuttosto che la circostanza rientrasse a pieno titolo nelle circostanze definite, sebbene il suo contenuto enunciativo fosse da ricavare attraverso una scrupolosa interpretazione. Ebbene, in questo caso fu la stessa Corte Costituzionale, con la sentenza interpretativa di rigetto, a fornire questa interpretazione al giudice, attraverso una ricostruzione logico-sistematica del contesto cui la norma stessa si inseriva e delle interpretazioni stratificatesi sulla

---

<sup>286</sup> PALAZZO, *Orientamenti dottrinali*, cit., p. 43 ritiene infatti che la sentenza citata inauguri una nuova fase nell'atteggiamento della Corte Costituzionale, la quale per la prima volta qui si avvicinerebbe a un criterio c.d. tipologico, ragionando in termini di tipo legale e di disvalore sottostante alla fattispecie legale.

<sup>287</sup> La sentenza è in *Cass. pen.* 1991, fasc. 12, p. 1935, con nota di RICHIELLO, *Su una questione di legittimità costituzionale dell'art. 195, comma 2, c.p.mil.p., in tema di violenza contro un inferiore*.

norma nella sua precedente formulazione. Offerte queste coordinate, la Corte arrivò a determinare, attraverso il procedimento esegetico, quel parametro mancante cui il giudice avrebbe poi dovuto agganciare la sua valutazione di gravità del fatto per l'applicazione dell'aumento di pena della circostanza.

E' quindi la Corte, da protagonista indiscussa, che reinterpreta il dato indeterminato in funzione salvifica e preclusiva della pronuncia di illegittimità costituzionale.

Questo tipo di atteggiamento è stato mantenuto dalla Corte anche in tempi più recenti, nei quali la stessa è intervenuta, da protagonista, a chiarire la portata significativa di norme non dotate di univoca valenza.

In particolare, di recente la Corte ha inaugurato un nuovo metodo di ricostruzione del significato della norma in funzione salvifica, che mira a considerare il singolo elemento indeterminato non in maniera atomistica, bensì nel contenuto globale della norma in cui è inserito, e a valorizzare il contesto sistematico in cui la singola disposizione si colloca.

Ciò è accaduto dapprima nella sentenza 13 gennaio 2004, n. 5<sup>288</sup>, in merito al giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 14, co. 5-ter del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (testo unico immigrazione).

I giudici *a quo* in particolare ritenevano indeterminata e quindi incostituzionale la locuzione “senza giustificato motivo” inserita nella fattispecie di inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento dal territorio dello Stato emanato dal questore, quando il mancato allontanamento si verifichi appunto senza giustificato motivo. I giudici *a quo* criticarono l'indeterminatezza dell'elemento costitutivo della fattispecie, che non consentiva all'interprete di rinvenire alcuna indicazione nel dato legislativo per circoscrivere cosa costituisse giustificato motivo idoneo ad escludere la tipicità del fatto e a rendere lecita l'inottemperanza all'ordine del questore.

Ebbene, la Corte a fronte delle censure, qualificò l'elemento negativo della tipicità come elemento a carattere elastico ma nondimeno sostenne che spesso gli elementi elastici fungono da valvole di sicurezza del meccanismo repressivo,

---

<sup>288</sup> La sentenza è in *Giur. cost.*, 2004, fasc. 1, p. 97, con nota di GROSSO, *Ad impossibilia nemo tenetur: la Corte detta al giudice rigorosi confini per la configurabilità del reato di ingiustificato trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato*.

rispondendo alla categoria dell'inesigibilità della condotta, nel caso non siano configurabili vere e proprie cause di giustificazione. In tali casi, il legislatore fugge la tentazione di ricorrere ad elenchi forieri di possibili lacune e delega la valutazione di inesigibilità all'interprete del caso pratico. Chiaramente ciò non avviene senza limiti bensì, per rispettare il principio di determinatezza, è necessario che l'elemento elastico tragga il proprio significato dal contesto in cui è inserito sia a livello di singola fattispecie - e di finalità da essa perseguite - che a livello sistematico riferito al contesto normativo in cui si inserisce la disposizione.

Nel caso di specie, era agevolmente rinvenibile, secondo la Corte il significato della locuzione "senza giustificato motivo" facendo riferimento alla finalità della norma incriminatrice – rimuovere situazioni di illiceità o di pericolo correlate alla presenza dello straniero nel territorio dello Stato e, quindi, regolare i flussi migratori – e al quadro normativo – che tratta diversamente i rifugiati e i richiedenti asilo dai c.d. migranti economici -.

In definitiva, la Corte intervenne da protagonista a determinare il significato dell'elemento costitutivo della fattispecie, sostenendo che non potesse ritenersi "giustificato motivo" una situazione di mera difficoltà economica, mentre lo potesse essere un impedimento pregnante oggettivo o soggettivo legato alla titolarità del diritto di asilo ovvero sello status di rifugiato.

Tali conclusioni furono confermate nella sentenza 29 settembre 2004, n. 302<sup>289</sup>.

Lo stesso *modus operandi* è stato seguito dalla Corte nella sentenza 30 luglio 2008, n. 327<sup>290</sup> con cui la Corte ha deciso della legittimità costituzionale dell'art. 434 c.p. sul c.d. disastro innominato.

Il giudice *a quo* aveva sollevato la questione, ponendo in evidenza la scarsa chiarezza del dato normativo, con riferimento sia alla portata equivoca del termine "disastro" – che nell'economia della fattispecie costituisce evento c.d. intermedio - sia alla vaghezza degli ulteriori eventi di pericolo o danno che perfezionano la fattispecie. Premettendo che, nell'analisi di determinatezza,

---

<sup>289</sup> La sentenza è in *Giur. Cost.*, 2004, fasc. 6, p. 4709, con nota di CENTINI, *Il principio di determinatezza: significatività e ragionevolezza della clausola "senza giustificato motivo"*.

<sup>290</sup> La sentenza è in *Giur. cost.*, 2008, fasc. 4, p. 3539, con nota di GIUNTA, *I contorni del "disastro innominato" e l'ombra del "disastro ambientale" alla luce del principio di determinatezza*; e in *Leg. pen.* 2008, fasc. 4, p. 475, con nota di RIVERDITI, *Disastro innominato*.

l'interprete non dovesse arrestarsi ad un'indagine atomistica del dato elastico o comunque apparentemente indeterminato, ma dovesse ragionare in termini di fattispecie globalmente intesa e in termini sistematici, il giudice *a quo* evidenziò che, nel caso di specie, non fosse possibile in alcun modo risalire a una costruzione del significato della fattispecie, poiché l'art. 434 c.p. costituiva una norma di chiusura del titolo in cui è inserita e non era quindi possibile fare riferimento alla giurisprudenza formatasi sulle altre fattispecie, per enucleare il suo significato. Peraltro, non erano rinvenibili ulteriori indicazioni né nei lavori preparatori, né nella giurisprudenza, che sul punto risultava fortemente ridotta.

La Corte rigettò la questione come manifestamente infondata. I giudici costituzionali ricostruirono infatti la nozione di disastro, facendo riferimento alla finalità dell'incriminazione e all'inserimento della fattispecie nei reati contro la pubblica incolumità.

Sotto il primo profilo, operando la norma come norma di chiusura del sistema, l'individuazione e delimitazione delle fattispecie rispetto alle quali essa funge da norma sussidiaria risultava utile a ricostruire la portata applicativa del disastro innominato, secondo un ragionamento *a contrariis*. Il disastro, secondo questa lettura, si qualificava come accadimento diverso - e sussidiario - dalle altre fattispecie di disastri legislativamente tipizzate, ma ad esse omogeneo. E così, per aversi disastro, a parer della Corte, doveva verificarsi un evento distruttivo di proporzioni straordinarie - requisito dimensionale - che provocasse un pericolo per la vita e l'integrità fisica di un certo numero di persone - requisito offensivo. La Corte costituzionale, in tal modo, si collegò al diritto vivente consolidatosi sulla nozione di disastro contenuta nelle altre fattispecie contro la pubblica incolumità, mutuandone i risultati esegetici.

D'altra parte, sotto il secondo profilo, l'espressione "pericolo per la pubblica incolumità" non appariva, secondo la Corte, indeterminata, riferendosi alla "*messa a repentaglio di un numero non preventivamente individuabile di persone, in relazione alla capacità diffusiva propria degli effetti dannosi dell'evento qualificabile come disastro*".

In tal modo, la Corte stesso definì il significato della fattispecie e riuscì a scongiurare l'espunzione della fattispecie illegittima.



Medesime considerazioni portarono la Corte, con la sentenza 18 maggio 2009, n. 161, a rigettare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 2, della l. 27 dicembre 1956, n. 1423 sulla disciplina delle misure di prevenzione per le persone pericolose per la sicurezza e la moralità pubblica, come modificato dall'art. 14 del D.L. 27 luglio 2005, n. 144 convertito dalla l. 155 del 2005, sul tema della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza.

Il giudice *a quo* poneva la questione di legittimità costituzionale della fattispecie incriminatrice prevista per coloro che violassero le prescrizioni previste nell'art. 5 del medesimo decreto: vivere onestamente, rispettare le leggi e non dare ragione di sospetti. Secondo il giudice remittente, queste prescrizioni sarebbero state troppo generiche e vaghe e sarebbero corrisposte peraltro a obblighi incombenti sulla generalità indiscriminata dei consociati e non collegati ad un particolare soggetto giuridico.

La Corte, dal canto suo, respinse la censura sostenendo che la considerazione globale della norma e del contesto normativo in cui essa è inserita avesse il ruolo di specificare e riempire di contenuto pregnante quelle prescrizioni che il giudice remittente considerava erroneamente indeterminate. E così il “vivere onestamente” si tradurrebbe, a parer della Corte, nel “*dovere imposto al soggetto sottoposto a misura di prevenzione di adeguare la propria condotta ad un sistema di vita conforme al complesso delle suddette prescrizioni* (n.d.r. obbligo e divieto di soggiorno) *tramite le quali il dettato di vivere onestamente si concrete si attualizza.*”; il “rispettare le leggi” si riferirebbe al “*dovere di rispettare tutte le norme a contenuto precettivo, che impongano cioè di tenere o non tenere una certa condotta.*”; il “non dare ragione di sospetti” diventerebbe “*non violare il divieto imposto al sorvegliato speciale di frequentare determinati luoghi o persone*”.

Anche in questo caso, la Corte evita la declaratoria, con un intervento esegetico re interpretativo della portata applicativa della norma.

### 3.6. Le sentenze di accoglimento

Bisogna attendere gli anni '80 perché la Corte superi la sua proverbiale ritrosia verso il riconoscimento pieno ed effettivo del principio di determinatezza

nel nostro ordinamento e accettati, con pronunce di accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale proposte dai numerosi giudici *a quo*, le radicali conseguenze nascenti dalla statuizione teorica dello stesso.

La sentenza che apre questa stagione per così dire riformista è la pronuncia 22 dicembre 1980, n. 177<sup>291</sup>, in merito al giudizio di legittimità costituzionale, *inter alia*, dell'art. 1 n. 3 della l. 27 dicembre 1956, n. 1423 sull'applicazione delle misure di prevenzione a coloro che, per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondati motivi di essere "proclivi a delinquere".

Secondo il giudice *a quo*, la norma, nel conferire al giudice la possibilità di desumere da qualunque atto tale proclività, gli attribuiva una discrezionalità incontrollabile, ledendo il principio di legalità che si stagliava invece, nelle misure di prevenzione, quale baluardo irrinunciabile alla protezione della libertà personale.

La Corte, nel caso specifico, onorò il suo ruolo di garante della legalità ribadendo innanzitutto la centralità del principio di legalità in tema di misure di prevenzione. La Corte giunse ad esigere quindi che, nel procedimento di applicazione delle misure, la preventiva prognosi di pericolosità sociale, dovesse poggiare su "*presupposti di fatto previsti dalla legge e perciò passibili di accertamento giudiziale*"; era quindi compito della Corte verificare che gli indici previsti dalla legge per l'identificazione del grado di pericolosità sociale fossero congrui. Questa verifica si orientava all'analisi, da un lato, della completezza descrittiva della fattispecie e, dall'altro, dell'idoneità del comportamento descritto della norma a dedurre un determinato giudizio prognostico rivolto all'avvenire e in particolare a concretizzare un rischio di commissione di certe categorie specifiche di reati.

Ebbene, il generico riferimento normativo alle "manifestazioni" da cui sia desumibile la proclività non fu considerato dalla Corte una reale descrizione della fattispecie bensì un contenitore vuoto di comportamenti entro cui si muoveva il giudice, in un incontrollabile spazio di discrezionalità. In aggiunta, il legislatore, nel menzionare la proclività come presupposto dell'applicazione della misura e ultimo obiettivo di indagine del giudice, aveva nuovamente peccato di eccessiva

---

<sup>291</sup> La sentenza è in *Giur. cost.*, 1980, p. 1535, con nota di BRANCA, *In tema di fattispecie penale e riserva di legge*.

genericità, dal momento che non aveva in alcun modo indicato le categorie o tipologie di reati sul cui rischio di commissione la “manifestazione” avrebbe influito.

In altre parole, il legislatore sembrava con l’espressione “proclività a delinquere” utilizzare, in chiave tautologica, un sinonimo di pericolosità sociale: la mancata concreta indicazione di presupposti e fini dell’applicazione delle misure di prevenzione violava così il principio costituzionale di determinatezza, imponendo la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell’art. 1, n. 3 della l. 27 dicembre 1956, n. 1423, nella parte in cui elencava tra i soggetti passibili delle misure di prevenzione i proclivi a delinquere.

La sentenza successiva che è storicamente ricordata come un punto di svolta nel riconoscimento di una particolare declinazione del principio di determinatezza (ossia la provabilità giudiziaria) è la pronuncia 8 giugno 1981, n. 96<sup>292</sup>, avente ad oggetto la fattispecie incriminatrice di plagio di cui all’art. 603 c.p..

Il giudice *a quo* sollevò questione di legittimità costituzionale per l’assenza della relazione di corrispondenza tra fattispecie astratta e fattispecie concreta espressamente richiesta dalla *ratio* dell’art. 25 Cost..

Nella particolare declinazione della determinatezza che abbiamo visto far parte del principio di tassatività nella sua triplice valenza, è rinvenibile un’esigenza primaria del diritto penale: predisporre fattispecie normative che non sono siano lessicalmente intellegibili e riferite a ipotesi ben circoscritte e legislativamente selezionate, ma facciano altresì riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che, allo stato della scienza ed esperienza attuali, appaiano verificabili. In altre parole, è fatto obbligo al legislatore di descrivere fattispecie che si riferiscano a fenomeni riscontrabili nella realtà e verificabili secondo adeguate regole razionali.

Nell’analizzare il fenomeno giuridico del plagio, al fine di rinvenirvi un significato accertabile e soddisfacente secondo i criteri predetti, la Corte effettuò

---

<sup>292</sup> La sentenza è in *Giur. cost.*, 1981, p. 806; in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, p. 1147, con nota fortemente critica (!) di BOScarelli, *A proposito del principio di “tassatività”*; e in *Giur. Cost.* 1981, I, p. 806, con nota di GRASSO, *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*. Sui profili della determinatezza nei termini affrontati dalla Corte, si veda FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 94.

un *excursus* diacronico sulle diverse accezioni della figura giuridica nel corso dei secoli, a partire dal diritto romano, fino alle moderne costituzioni. Abolita, come inaccettabile odiernamente, l'accezione di plagio ricollegata al fenomeno della schiavitù, come delitto contro la proprietà di esseri umani, la Corte indagò le valenze moderne della fattispecie, partendo da un'analisi comparatistica delle codificazioni europee e preunitarie nonché da un breve riferimento agli illustri commenti del Puccioni e del Carrara; e chiudendo infine con l'analisi del Codice penale del 1889 che conteneva una fattispecie rubricata "plagio" all'art. 145 c.p..

Ne derivava tuttavia una nozione che la stessa Corte definiva imprecisa poiché, dal coacervo di interpretazioni affastellate sul concetto di plagio, emergeva un unico elemento indiscutibile su cui convergevano tutte: l'inquadramento della fattispecie entro la categoria dei delitti contro la libertà personale individuale.

La Corte a questo punto si confrontò con la fattispecie scolpita nell'art. 603 del Codice Rocco, evidenziandone le peculiarità che la distanziavano dalle nozioni esaminate nel precedente *excursus* e in particolare dall'art. 145 del Codice del 1889, riprodotto quasi per intero, ma con la diversa rubrica "Riduzione in schiavitù" nell'art. 600 c.p.. Il nuovo art. 603 c.p., che ereditava impropriamente la rubrica "plagio", descriveva una fattispecie del tutto nuova rispetto alla precedente e sconosciuta alle categorie tradizionali del diritto penale.

La Corte stessa, a questo punto, indagava i lavori preliminari e non mancava di evidenziare la presenza di un acceso dibattito sul tema, che poneva in evidenza i rischi dell'introduzione *ex novo*, sotto spoglie equivoche, di una fattispecie del tutto nuova. Tuttavia, tale fattispecie veniva, in una conclusione sbrigativa, ritenuta necessaria in quanto volta a reprimere la creazione di uno stato di soggezione di fatto per cui la vittima, pur munita di formale *status libertatis*, fosse priva di un'effettiva libertà individuale e restasse invece assoggettata a padronanza e dominio altrui.

In questo modo, l'intenzione del legislatore poteva sembrare quella di ricondurre le soppressioni della libertà di diritto entro l'art. 600 c.p. e quelle di fatto entro l'art. 603 c.p.; ma questa conclusione non poteva risultare soddisfacente in quanto postulerebbe l'ignoranza dell'espressa abolizione della

schiavitù di cui all'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 1928. Ne deriva che la distinzione tra gli artt. 600 e 603 c.p. si giocava su un profilo differente: in una prima fase applicativa, l'elemento distintivo del plagio si rinveniva *“nella costituzione tra il soggetto attivo e quello passivo di un rapporto di fatto per il quale quest'ultimo venga sottoposto al potere dell'altro con la conseguente privazione della facoltà di liberamente volere ed annientamento della volontà nel suo integrale contenuto”*. Il profilo differenziale sembrava quindi giocarsi sulla contrapposizione tra rapporto di fatto e rapporto di diritto.

Successivamente, la figura del plagio acquistava una diversa caratterizzazione che si incentrava sull'esercizio di una potenza di natura psichica sulla vittima, che non esautorava la sua libertà fisica, di movimento, bensì la sua libertà mentale, di pensiero, anche se non in maniera totale. Le privazioni fisiche della libertà potevano sì accompagnarsi all'elemento materiale di questo reato, ma sul piano probatorio assumevano esclusivamente la valenza di indizi ai fini della prova della soggezione psichica, elemento strutturale del reato.

In altre parole, si aveva plagio quando il comportamento dell'agente compromettesse la libertà di pensiero altrui *“nella sua stessa originaria essenza, nei fattori dinamici, nel potere di influsso, nella facoltà di critica e di scelta, di ricerca e di decisione, di coscienza e volontà.”*.

Aperta questa stagione interpretativa sulla norma volta a scavare nella psiche del soggetto per rinvenire l'elemento materiale del reato, il dibattito è stato vivace e ha trovato connessioni con le nuove frontiere della scienza medica per stabilire se fosse realmente possibile l'individuazione esterna di quegli stati psichici identificati come componenti strutturali del reato di plagio.

Ne risultò, in definitiva, una norma indeterminata sotto diversi aspetti: innanzitutto, non erano chiare le dinamiche con cui questo processo di attuazione della soggezione avvenisse e se fosse necessaria un'azione continua del plagiante: inoltre, non era discernibile lo stato di soggezione e suggestione dalla semplice persuasione giuridicamente lecita che caratterizza rapporti dotati di peculiare solidità e compenetrazione psichica, come quelli amorosi, o di insegnamento, o medici.

La Corte arrivò quindi, con questa storica sentenza, a conclusione della esposta serratissima analisi, a qualificare come indeterminata la norma incriminatrice e ad espungerla dall'ordinamento, per *“l'impossibilità di attribuire ad essa un contenuto oggettivo, coerente e razionale e pertanto l'assoluta arbitrarietà della sua concreta applicazione.”*.

Nelle due sentenze predette, la Corte si concentrò sulla valenza per così dire sostanziale del principio di determinatezza, ossia sulla verificabilità ed accertabilità empiriche dei fenomeni presi in considerazione dalla norma incriminatrice. Non venne invece affrontata, in questa prima fase, la valenza più schiettamente formale del principio, che esprime la necessità linguistica di rispettare precisi criteri di redazione delle fattispecie incriminatrici.

Il percorso di riconoscimento del principio prosegue così, per l'analisi dell'aspetto formale della determinatezza, con la sentenza 22 aprile 1992, n. 185<sup>293</sup> avente ad oggetto l'art. 25, comma 6, del d.p.r 24 maggio 1988, n. 203, concernente la normativa di attuazione di alcune direttive ambientali dell'Unione Europea.

La fattispecie tacciata di indeterminatezza è quella di trasferimento di un impianto senza l'autorizzazione regionale, prescritta dalla legge. In particolare, il giudice *a quo* evidenziava la scarsa chiarezza del dato normativo che, nella fattispecie in esame, operava un rinvio apparentemente errato ad un altro articolo del decreto, e cioè si riferiva non all'autorizzazione regionale prevista per il trasferimento dell'impianto ma per la continuazione delle emissioni di un impianto preesistente alla normativa. Non era quindi chiaro l'obbligo incombente su coloro che dovessero effettuare il trasferimento dell'impianto, con grave conseguente lesione del principio di determinatezza.

Ebbene, la Corte, nel caso di specie, ritenne che il dettato normativo superasse la normale soglia di interpretabilità del testo, mostrandosi del tutto equivoco e ledendo così anche un altro principio fondamentale del diritto penale, ossia il principio di colpevolezza. Emerge qui chiaro il collegamento con la sentenza 368 del 1988 della Corte in cui si sottolineò che il difetto di chiarezza

---

<sup>293</sup> La sentenza è in *Cass. pen.*, 1993, fasc. 1, p. 9, con nota di PISANI, *Errore legislativo e principio di determinatezza del precetto penale*.

normativa influisce direttamente sulla conoscibilità del precetto, ledendo il nesso di attribuibilità psicologica del fatto all'autore.

La Corte, individuata la presenza di un errore materiale ben circoscritto e determinato, provvede quindi all'elisione dello stesso e alla sostituzione con il richiamo corretto, intervenendo attivamente sul testo normativo, attraverso una sentenza di accoglimento.

Di importanza rilevante è ancora la sentenza 15 giugno 1992, n. 299<sup>294</sup> che affronta il tema della determinatezza con riferimento alla sanzione penale, ponendo a scrutinio di legittimità costituzionale l'art. 122 del Cod. pen. mil. di p.. La norma venne sottoposta a giudizio di costituzionalità in quanto configurante una fattispecie sfornita del tetto massimo di pena irrogabile dal giudice. Se è vero infatti che il limite massimo era tacitamente ricavabile dall'art. 26 del Cod. pen. mil. p. nel limite di anni 24, l'indicazione espressa nell'art. 122 di un limite minimo di anni due, finiva per disegnare una forbice edittale dotata di tale ampiezza da lasciare al giudice una discrezionalità senza limiti violativa del principio di tassatività. I giudici della Consulta quindi ritennero la norma illegittima costituzionalmente e la espungono dall'ordinamento.

La Corte prosegue nello sviluppo del principio con la sentenza 13 febbraio 1995, n. 34<sup>295</sup>, in merito alla legittimità costituzionale dell'art. 7-bis del D.L. 30 dicembre 1989, n. 416 concernente l'emanazione di norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno di cittadini extracomunitari e di regolarizzazione di cittadini extracomunitari e apolidi già presenti nel territorio dello Stato.

La norma prevedeva il reato dello straniero, colpito da provvedimento di espulsione e privo del documento di viaggio che non si adoperasse per ottenere dalla competente autorità diplomatica o consolare il rilascio del documento di

---

<sup>294</sup> La sentenza è in *Giur. cost.*, 1992, fasc. 6, p. 4430, con nota di MAIZZI, *Limiti edittali della pena e principio di legalità: a proposito dell'illegittimità costituzionale dell'art. 122 c.p.m.p.*; in *Giur. it.* 1992, fasc. 12, p. 2033, con nota di SICLARI, *L'illegittimità costituzionale del reato militare di "violata consegna"*; in *Riv. it. dir. e proc. penale*, 1992, fasc. 4, p. 1474, con nota di GROSSO, *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*.

<sup>295</sup> La sentenza è in *Foro it.*, 1995, II, p. 2774 con nota di VISCONTI, *Determinatezza della fattispecie penale e bilanciamento di interessi*. Inoltre, per un commento critico, si veda PATALANO, *La previsione di un reato omissivo necessita dei criteri di determinatezza e tassatività*, in *Guida al diritto*, 1995, fasc. 10, p. 69; e LONGARI, *Il principio di tassatività nei reati omissivi propri*, in *Giur. cost.* 1995, fasc. 4, p. 3029.

viaggio occorrente all'espatrio. In tal caso, il legislatore imponeva all'agente, attraverso la tecnica del reato omissivo, di tenere un determinato contegno caratterizzato però da estrema genericità e riassunto nel verbo "adoperarsi". Il giudice era così tenuto, nell'esercizio di una discrezionalità inammissibile, ad individuare egli stesso la tipicità del reato, enucleando le attività specifiche in cui doveva concretizzarsi il precetto. Ciò determinava una grave incertezza per gli stranieri, messi nella critica condizione di non conoscere gli adempimenti necessari ad evitare l'incriminazione del loro preesistente stato di fatto, ossia l'essere stato colpito da provvedimento di espulsione. Erano gli stessi a doversi liberare di un'incriminazione a cascata che colpiva un loro *status*, con inversione dell'onere probatorio.

La Corte accolse il rilievo e intervenne in questa ipotesi caratteristica di reato omissivo proprio. Ritenne inaccettabile la mancata individuazione legislativa di due elementi essenziali del reato omissivo: il grado di inerzia penalmente rilevante e il tempo entro cui l'adempimento doveva essere compiuto. La Corte dichiarò così l'incostituzionalità della fattispecie, ribadendo peraltro - secondo una tecnica che abbiamo visto caratterizzare alcune sentenze interpretative di rigetto - che la valutazione della determinatezza va fatta considerando globalmente la portata della fattispecie e non isolando i suoi singoli elementi. La norma, in quanto indeterminata, fu così espunta dall'ordinamento.

Autorevole dottrina<sup>296</sup> ha, con riferimento alla sentenza in esame, affermato acutamente che la Corte, dilungandosi criticamente sulla politica criminale sottesa all'incriminazione - che sembra non pienamente condividere -, sembra, più o meno consapevolmente, porre il principio di determinatezza in relazione con il bene giuridico tutelato, sostenendo implicitamente che quanto più il bene giuridico appare fondamentale tanto meno rigorosa può essere la descrizione della fattispecie; viceversa, nei casi - come quello in esame - in cui il bene giuridico tutelato affievolisca, l'esigenza di determinatezza entra prepotentemente nel bagaglio di obblighi incombenti sul legislatore. Questo profilo di connessione tra principio di determinatezza, struttura della fattispecie

---

<sup>296</sup> VISCONTI, *Determinatezza della fattispecie penale e bilanciamento di interessi*. cit..



incriminatrice e rilievo del bene giuridico tutelato sarà analizzato nel capitolo successivo della trattazione.

### Capitolo III

#### TECNICHE DI REDAZIONE DELLA NORMA PENALE E CONFORMITÀ AL PRINCIPIO DI DETERMINATEZZA

##### *1. La determinatezza come criterio di redazione delle norme penali*

Analizzate l'essenza e la *ratio* del principio di determinatezza e la sua ricezione effettiva nell'ordinamento giuridico penale italiano, sia sotto il profilo dell'adeguamento legislativo, sia sotto il profilo dell'atteggiamento giurisprudenziale tenuto in particolare dalla Corte costituzionale, è opportuno approfondire ulteriormente il tema, sotto un profilo squisitamente tecnico e dommatico.

L'analisi che ci proponiamo di operare passa attraverso l'indagine sulle modalità attraverso le quali può essere garantito il rispetto del principio di determinatezza in un sistema giuridico, che possa dirsi improntato alla massima garanzia degli ideali sottesi allo stesso, per verificare se effettivamente, in termini generali, possa stilarsi un elenco di regole redazionali virtuose, rispettate le quali un sistema normativo non incorrerebbe nelle intense problematiche di vaghezza che oggi permeano la nostra legislazione.

E' chiaro che il presupposto logico dell'analisi che segue è, come è stato ampiamente chiarito, la considerazione del principio di determinatezza quale criterio di formulazione della norma giuridica.

Come evidenziato nel primo capitolo, infatti, il complesso principio di tassatività - determinatezza vive, nella definizione di arguta dottrina<sup>297</sup>, in una triplice dimensione, che distingue tassatività, determinatezza e precisione.

Il principio di tassatività è un monito specificamente destinato al giudice, afferendo al momento dinamico ed esegetico di enucleazione della norma dalla disposizione. Esso vieta categoricamente al giudice di applicare alla norma penale

---

<sup>297</sup> MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 57.

il procedimento analogico, poiché, così facendo, il giudice compirebbe un'azione squisitamente creativa, inserendosi nel momento genetico della norma penale<sup>298</sup>..

Il principio di determinatezza fa invece riferimento alla necessità, imposta al legislatore, di incriminare solo e soltanto fatti verificabili empiricamente, i quali possano costituire oggetto di accertamento e di prova nell'ambito del processo penale.

Il principio di precisione si riferisce infine alla struttura della fattispecie ed esige che il legislatore, nella redazione della stessa, si attenga ad un canone di chiarezza lessicale e limpidezza strutturale ed operi una scrupolosa selezione terminologica, che riduca gli spazi di invasione creativa da parte del giudice. Il destinatario di tale pretesa risulta così il legislatore, il quale deve attenersi a precise tecniche redazionali, che garantiscano la determinatezza e precisione dell'enunciato normativo.

Nella presente trattazione, il punto di riferimento della nostra analisi è il principio c.d. di precisione, il quale, per comodità esplicativa, e senza nulla togliere alla scrupolosità della tripartizione proposta, abbiamo sempre chiamato principio di determinatezza. L'oggetto della nostra indagine è quindi propriamente la ricerca di un criterio di formulazione di norme giuridiche penali quanto più vicino possibile alla massima garanzia del principio di determinatezza<sup>299</sup>.

Chiarito che il principio di determinatezza opera come criterio selettivo delle metodiche redazionali della norma giuridica, deve preliminarmente definirsi quale sia l'obiettivo finale tenuto presente da tale principio, e cioè quali criteri deve soddisfare una norma giuridica per rendersi conforme al principio di determinatezza. In altre parole, per stabilire un criterio ideale per redigere una

---

<sup>298</sup> In tema di tassatività, che, per ragioni di sintesi, non può trovare in questa sede trattazione autonoma, basti citare un recente discretamente indirizzo dottrinale, volto a rileggere il concetto di "interpretazione giudiziale". Tale indirizzo reinterpreta il momento giurisprudenziale, anche - e perfino - in chiave di superamento del divieto di analogia, elevando la giurisprudenza quasi a ruolo di fonte del diritto che completa il dato normativo, con margini di autonomia che appaiono, a mio modesto avviso, intollerabili. Sul punto, si rinvia a AMARELLI, *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 403.

<sup>299</sup> Il chiarimento di questo aspetto strettamente definitorio consente di superare l'intricato dibattito sul modo di intendere la determinatezza che accende la dottrina tedesca. Tale dibattito, privo di riscontri nel nostro ordinamento, divide coloro che ritengono la determinatezza un criterio interpretativo e che quindi tollerano l'indeterminatezza del dato normativo, proponendo di rimediarvi tramite l'interpretazione pretoria; e coloro che la ritengono invece un criterio redazionale, che non consente deroghe. Per riferimenti, PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 296 e ss.

norma sufficientemente determinata, è necessario preliminarmente chiarire, anche alla luce delle conclusioni raggiunte nei capitoli precedenti, cosa debba intendersi per norma sufficientemente determinata<sup>300</sup>.

Ebbene, la norma determinata è quella che consente il minimo spazio di intervento creativo, soggettivo, autonomo ad opera dell'organo giudicante; in tal senso, determinatezza e interpretazione sono concetti che si influenzano a vicenda<sup>301</sup>.

Venendo più specificamente alle tecniche redazionali delle fattispecie, è stato osservato che la norma è sufficientemente determinata solo quando “*descriva tutto il descrivibile*”<sup>302</sup>. Tale definizione della norma determinata impone *claris verbis* una scelta di campo precisa in tema di formulazione della fattispecie: la predilezione dell'elemento descrittivo sull'elemento valutativo. Il merito e la condivisibilità dommatica di questa scelta di campo verranno analizzati nel corso del presente capitolo.

Stabilito l'obiettivo finale del principio di determinatezza nella creazione di una disposizione che consenta, nel passaggio dalla disposizione alla norma, la minore manovra di invasione creativa da parte della giurisprudenza, mi sia consentito di indugiare ancora un attimo nella descrizione di cosa si intenda per disposizione - o enunciato - normativa, dal momento che essa rappresenta l'oggetto primario del principio di determinatezza.

---

<sup>300</sup> Sul punto, il PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 316 si riferisce alla dottrina tedesca, la quale vede contrapposti coloro che ritengono determinata la “norma interpretabile” da coloro che ritengono determinata la norma che costituisca “una ferma e sicura base alla giurisprudenza”; da coloro i quali qualificano la norma determinata come quella “applicabile mediante mera sussunzione”.

<sup>301</sup> E vanno categoricamente rigettate le teorie che dequotano la determinatezza, ritenendo che essa possa ben essere garantita, in una specie di ottica a formazione progressiva, dal giudice in sede interpretativa. Legittimano per tale via un'autentica quanto pericolosa interpretazione creativa, VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia*, Torino, 2011; DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo della legge*, 2006; PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, 2011, p. 19.

<sup>302</sup> ROMANO, “*Repressione della condotta antisindacale*”, Milano, 1974, p. 186 utilizza questa espressione del BAUMANN, *Strafrecht*, . AT, II ed, Bielefeld, 1961, p. 100 per sostenere che sia determinata l'incriminazione di una violazione di un provvedimento dell'autorità amministrativa, quando il legislatore, pur non potendo prevedere il contenuto specifico del provvedimento, abbia appunto descritto tutto il descrivibile. Le considerazioni esposte dall'Autore sono ricollegate alla questione della legittimità costituzionale dell'art. 650 c.p..

### 1.1. *Disposizione e norma*

La disposizione normativa<sup>303</sup> è un'espressione linguistica<sup>304</sup>, grammaticalmente corretta, di senso compiuto<sup>305</sup>, a fine precettivo<sup>306</sup>. Il fine precettivo indica l'idoneità dell'enunciato normativo ad influire sul comportamento altrui, guidandolo o indirizzandolo in un certo senso, non limitandosi l'enunciato ad esplicitare una mera funzione informativa e descrittiva. Quest'ultimo aspetto ha importanza determinante perché distingue gli enunciati normativi<sup>307</sup> da quelli scientifici: se la funzione precettiva caratterizza il linguaggio normativo, la funzione descrittiva è invece tipica del linguaggio scientifico<sup>308</sup>. Il primo, non limitandosi a descrivere fenomeni della realtà, va controllato secondo il c.d. criterio di giustificazione, fondato sulla contrapposizione conveniente-sconveniente, giudizio che ben può riferirsi alla norma; diversamente il secondo, limitandosi a riportare fenomeni del reale, va controllato secondo il c.d. criterio di verifica, fondato sul binomio verità-falsità.

Va peraltro precisato che la funzione – precettiva - va tenuta distinta dall'aspetto strettamente semantico della disposizione normativa. Alla disposizione normativa infatti, dal punto di vista semantico, non è estranea la

---

<sup>303</sup> TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, p. 143 e ss.. Si rinvia anche a CRISAFULLI, *Disposizione e norma*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 195 e ss..

<sup>304</sup> BOSCARRELLI, *Analoga*, cit., p. 57-60. L'Autore peraltro evidenzia l'inadeguatezza rappresentativa come fattore fisiologico del linguaggio, dipendente dal fatto che "la parola cristallizza l'oggetto depauperandolo, schematizza l'esperienza, col pericolo che l'espressione linguistica si interponga come ostacolo alla compiuta intuizione del reale". Tale inadeguatezza diviene patologica, nel linguaggio comune, quando si fa un uso scorretto delle parole, o "per ignoranza del preciso significato; o per "involontaria reticenza in ordine a quei contenuti di pensiero che gli psicologi chiamano frange o resti"; nel linguaggio normativo, quando la formula non esaurisca il contenuto della norma, l'ambito di validità della *ratio legis*.

<sup>305</sup> E cioè contenente un "significato-proposizione", secondo la definizione del TARELLO, *Diritto*, cit., p. 169, in opposizione alla mera sommatoria dei significati di ciascuna delle parole atomicamente considerate, che è chiamato "significato enunciativo".

<sup>306</sup> Il carattere precettivo distingue l'enunciato normativo dall'enunciato asseverativo

<sup>307</sup> Peraltro, per l'enunciato normativo penale, BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., p. 177-217 distingue un enunciato precettivo per il cittadino (precetto), l'altro per il giudice (sanzione).

<sup>308</sup> BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, p. 82; RAMACCI, *Introduzione all'analisi del linguaggio legislativo penale*, Milano, 1970, p. 32; SCARPELLI, *Semantica giuridica*, in *Nov. dig. it.*, Vol. XVI, Torino, 1969, p. 983, il quale riporta anche le tesi più risalenti di chi ritiene che unica funzione del linguaggio sia quella descrittiva. In termini simili, TARELLO, *Diritto*, cit., p. 331 parla di enunciati assertivi; FERRAJOLI, *Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1967, p. 514.

componente descrittiva<sup>309</sup>, dal momento che la norma, oltre a disporre - attraverso la minaccia della sanzione -, deve indicare in modo compiuto i comportamenti vietati e comandati.

Attenta dottrina<sup>310</sup> ha acutamente effettuato una tripartizione degli elementi caratterizzanti la disposizione normativa, individuandone tre essenziali: la *formula*<sup>311</sup>, ossia la veste esteriore; il *fine*, cui la disposizione è funzionalizzata; la *fattispecie*, intesa come il *quid* comandato o vietato, l'insieme di fatti e conseguenza giuridica loro connessa.

Il reciproco influenzarsi di questi tre aspetti della disposizione emerge con nettezza soprattutto nella fase interpretativa della disposizione (i.e. di passaggio dalla disposizione alla norma) ed è stato attentamente studiato nell'elaborazione dottrinale dei vari criteri ermeneutici, i quali valorizzano talvolta il *fine*/bene giuridico - interpretazione teleologica; talvolta la *formula* - interpretazione letterale o, al massimo, sistematica.

In particolare, la *fattispecie* altro non è che lo strumento con cui il legislatore, attraverso la *formula*, attua il *fine*. Ciò ci porta a dire che, anche ove il fine non venga esplicitato nella disposizione (cosa che normalmente accade), l'esegesi attenta degli elementi della fattispecie<sup>312</sup> consente di illuminare sul fine ultimo della disposizione, ossia sul bene giuridico tutelato<sup>313</sup>. Esso, a sua volta,

---

<sup>309</sup> SCARPELLI, *La definizione del diritto*, in *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, p. 187; ID., *Semantica*, p. 986. D'altra parte, RAMACCI, *Introduzione*, cit., p. 31 acutamente osserva che nella proposizione normativa penale vi è un enunciato semantico descrittivo (la descrizione della fattispecie. Es: "chiunque cagiona la morte di un uomo") che ha al contempo funzione precettiva per il consociato - che, attraverso la sanzione, percepisce la fattispecie come obbligo (i.e. non cagionare la morte di un uomo) - e informativa per il giudice - chiamato a verificare se nel concreto la fattispecie si sia verificata o meno; e un enunciato semantico sempre descrittivo (la sanzione. Es. "sarà punito con la reclusione") che ha funzione informativa per il consociato - il quale con la sanzione sa semplicemente che dalla condotta deriva la sanzione - e precettiva per il giudice - il quale sarà obbligato invece a comminarla. L'enunciato normativo, pur avendo funzione precettiva, sarebbe quindi composto da enunciati descrittivi dal punto di vista semantico.

<sup>310</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 324.

<sup>311</sup> Utilizza il termine "formula" già il CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 292.

<sup>312</sup> PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, cit., p. 11 precisa che gli elementi da cui desumere il bene giuridico sono quelli di maggior spicco che "illuminano la direzione e l'attitudine offensiva della condotta tipica".

<sup>313</sup> Non appare pertanto pienamente condivisibile l'opinione di SCARANO, *Il problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, p. 149, il quale ipotizza una prevalenza del fine sulla fattispecie, nel momento esegetico, ritenendo che l'interprete debba *prima facie*, ancor prima di procedere al momento schiettamente interpretativo, intuire il bene giuridico, e, alla luce di esso, interpretare la fattispecie. La visione appare miope nella misura in

quando individuato, influenzerà la fattispecie stessa, rappresentando un momento ulteriore, fondamentale, dell'esegesi della disposizione<sup>314</sup>. Questo reciproco influenzarsi, questa strumentalità reciproca tra gli elementi interni all'enunciato normativo, che non ritiene predominante uno solo di essi, bensì valorizza una considerazione sincretica dei momenti interpretativi<sup>315</sup> è chiamato "circolo ermeneutico"<sup>316</sup>.

D'altra parte, se il fine rappresenta l'aspetto funzionale dell'enunciato, rispetto al quale la fattispecie si pone come uno strumento, un mezzo esplicativo, a carattere descrittivo – asseverativo, allo stesso tempo, tale fine il più delle volte, come detto, non compare chiaramente nella disposizione normativa, ma resta nell'ombra della fattispecie. La fattispecie, quindi, in quanto unico strumento evidente nelle mani dell'interprete, diventa anche limite della disposizione, poiché l'interprete, pur avendo a riferimento il fine ultimo dell'enunciato, non potrà superare comunque la portata della fattispecie<sup>317</sup>. In questo aspetto si esprime la tensione dialettica tra fine e fattispecie.

Tale tensione dialettica tra fine e fattispecie si ripropone, oltre che nella fase esegetica e applicativa della disposizione, anche nella fase redazionale e genetica della stessa. Il legislatore, in altre parole, nel momento in cui redige la disposizione, deve realizzare un bilanciamento tra fine e mezzo (formula e fattispecie) o privilegiare l'uno o l'altro aspetto: ove privilegi il fine, lasciando evanescente o addirittura rinunciando alla fattispecie e alla sua funzione limitatrice, darà vita ad una disposizione discrezionale (art. 62-bis e 133 c.p.)<sup>318</sup>;

---

cui il bene giuridico presuppone l'analisi della fattispecie, pur non rappresentando l'epilogo del procedimento esegetico.

<sup>314</sup> E, in tal senso, non appare condivisibile l'opinione di Autori come BURDESE-GALLO, *Ipotesi normativa*, cit. p. 383; GIANNOTTA, *Un problema di interpretazione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1954, p. 102; NUVOLONE, *Il possesso nel diritto penale*, Milano, 1942, p. 55, secondo i quali bene giuridico è il risultato finale dell'interpretazione e non può quindi orientarla.

<sup>315</sup> MOLARI, *La tutela penale della condanna civile*, Padova, 1960, p. 252; GREGORI, *Saggio sull'oggetto giuridico del reato*, Padova, 1978, p. 48 definisce il procedimento interpretativo così delineato un processo sperimentale di congetture e verifiche. Similmente, con qualche precisazione sulla corretta accezione di bene giuridico, PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione penale*, in *Studi in onore di Antolisei*, II, Milano, 1965, p. 389.

<sup>316</sup> Definito ironicamente dal NUVOLONE, *Il possesso nel diritto penale*, cit., p. 55 "circolo vizioso".

<sup>317</sup> RAMACCI, *Introduzione*, cit., p. 104 e 197.

<sup>318</sup> La descrizione del processo di genesi normativa in questi termini è di PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 324. L'intuizione è giusta anche se il riferimento alla fattispecie è improprio dal momento

ove invece privilegi i fatti e la fattispecie, lasciando il fine sullo sfondo, quale anima normativa, redigerà una fattispecie non discrezionale, che potrà essere più o meno determinata a seconda della scelta che opererà in termini di elementi della fattispecie e tecnica redazionale.

### *1.2. La formulazione della disposizione mediante indicazione di fini: la norma discrezionale*

La dottrina, soprattutto risalente<sup>319</sup>, ha affrontato il tema della norma discrezionale distinguendola dalla norma indeterminata.

La norma discrezionale, per taluna dottrina<sup>320</sup>, sarebbe caratterizzata dall'assenza della fattispecie, e cioè sia degli elementi strutturali (premessa maggiore) sia delle conseguenze sanzionatorie ad esso corrispondenti (conseguenza). La determinazione della stessa è affidata all'attività appunto discrezionale del giudice, il quale appare guidato dalla sola indicazione del fine normativo.

In realtà, il riferimento all'assenza degli elementi strutturali è improprio, dal momento che non esistono fattispecie incriminatrici discrezionali: fattispecie tipica e discrezionalità sono concetti diametralmente opposti<sup>321</sup>. La norma discrezionale interviene infatti come rimedio all'impossibilità legislativa di prevedere al momento della redazione normativa, tutte le situazioni che si manifesteranno solo nel caso concreto e rispetto al singolo soggetto agente. Tale attività è quindi delegata al giudice. In questi termini, essa si pone quindi agli antipodi della fattispecie e dei suoi elementi<sup>322</sup>.

---

che non esistono fattispecie incriminatrici discrezionali: fattispecie tipica e discrezionalità sono concetti diametralmente opposti.

<sup>319</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit.; MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit..

<sup>320</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 324..

<sup>321</sup> Il MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 112, risolve l'aporia, ritenendo che, anche quando gli elementi della fattispecie siano determinati, la discrezionalità sulla misura della sanzione incide sulla determinatezza della fattispecie, che va intesa, nel suo complesso, come insieme di sanzione e precetto: ogni indeterminatezza della sanzione è anche indeterminatezza della fattispecie; CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, p. 169, parla di fattispecie a formazione frazionata: la prima fattispecie, semplice, fa scattare l'obbligo dell'organo giudicante di procedere alla valutazione; la seconda, complessa, è formata dalla prima e dalla valutazione stessa che fa scattare il dovere di condotta tipica. Espressione di discrezionalità è la sospensione condizionale, i cui parametri valutativi sono fissati negli artt. 163 e 164 c.p..

<sup>322</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 38, 157, 191.



Tracciata questa distinzione teorica, risulta addirittura superfluo precisare che parlare di norma incriminatrice discrezionale è, oltre che dommaticamente scorretto, proibito dal principio di determinatezza: il fenomeno della discrezionalità non interessa la categoria delle norme incriminatrici, bensì è circoscritto alla categoria delle norme che disciplinano l'applicazione della sanzione<sup>323</sup>, entro i limiti edittali (art. 133 c.p.), ovvero entro la forbice più o meno definita messa in evidenza dal verificarsi delle circostanze (circostanze indefinite).

### *1.3. La formulazione della disposizione mediante indicazione di fatti: norme descrittive*

Se il legislatore, nella formulazione della fattispecie, predilige l'indicazione dei fatti e delle conseguenze giuridiche loro connesse, dà vita ad una norma a carattere non discrezionale, in cui, di regola, lo scopo e il fine della norma non figurano in maniera espressa. Infatti, se comparissero, rientrando nel contenuto precettivo della norma, condurrebbero il giudice ad applicare la norma secondo la funzione espressamente prevista e al di là della corrispondenza con i dati della fattispecie astratta: prevarrebbe il fine sulla fattispecie, in aderenza però al principio di tassatività, dal momento che il fine sarebbe tipizzato.

D'altra parte, la formulazione della fattispecie mediante indicazione dei fatti non risolve *tout court* il problema della determinatezza della fattispecie, dal momento che una disposizione sì formulata potrà qualificarsi determinata solo allorquando gli elementi costitutivi della fattispecie, descrittivi o valutativi, rispondano a tale requisito. Dire che una norma contiene l'indicazione dei fatti e delle conseguenze giuridiche non risolve quindi il problema della determinatezza,

---

<sup>323</sup> ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, traduzione di Baratta, Milano, 1970, p. 189, riporta la contrapposizione tra discrezionalità sulla fattispecie e discrezionalità sulla conseguenza giuridica. Il BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 202 invece correttamente afferma che parlare di discrezionalità della fattispecie è assolutamente improprio, poiché discrezionalità e fattispecie sono termini che si pongono esattamente agli antipodi. A sua volta, il MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 112 nega il fondamento della distinzione, sostenendo che la norma sia un tutt'uno in cui sono compresi in modo inscindibile precetto e sanzione: discrezionalità sulla sanzione vuol dire innegabilmente discrezionalità sul precetto e sugli elementi della fattispecie. Dissento dall'opinione dell'Autore, rilevando come la prima categoria di discrezionalità sia autonomamente inquadrabile per la sua piena incompatibilità con il principio di determinatezza.

che va affrontato analizzando separatamente la natura giuridica degli elementi che vanno a costituire la fattispecie.

## 2. Gli elementi della fattispecie: descrittivi e normativi

All'interno della fattispecie, intesa come insieme di fatti e conseguenze giuridiche derivanti dalla verifica di quei fatti, si distinguono tradizionalmente<sup>324</sup> elementi descrittivi<sup>325</sup>, caratterizzati dalla peculiarità di fare riferimento a concetti del mondo naturalistico, a realtà fisiche empiricamente verificabili, o comunque obiettivamente percepibili in via diretta dalla comunità in un determinato momento storico grazie all'applicazione delle coordinate socio-culturali, ed elementi normativi<sup>326</sup>, caratterizzati dalla loro riferibilità ad oggetti o concetti non direttamente percepibili, bensì ricostruibili soltanto mediante il riferimento ad una norma preesistente<sup>327</sup> o una definizione intermedia presupposta<sup>328</sup>, giuridica ovvero extragiuridica<sup>329</sup>.

Gli elementi normativi, in altre parole, non indicano il loro oggetto in maniera diretta, bensì si limitano ad offrire il criterio, mediato, da utilizzare per individuare quell'oggetto. Tale criterio - di valore - è tuttavia contenuto in una norma preesistente, giuridica o extragiuridica, e non lasciato alla libera determinazione del giudice; tale norma presupposta può essere più o meno determinata, ma comunque preesiste al giudizio<sup>330</sup>. Diversamente, quando il

---

<sup>324</sup> PAGLIARO, *Appunti su alcuni elementi normativi contenuti nella legge penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, p. 420; PALAZZO, *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974, p. 5; PULITANO, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 214 e ss.; RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale, I, Lineamenti generali*, Napoli, 1965.

<sup>325</sup> Esempi ne sono i termini "donna", "uomo", "terreno", "edificio".

<sup>326</sup> Esempi ne sono i termini "altrui", "osceno", "sedizioso". Per essere più incisivi, l'elemento dell'altruità della cosa non è un concetto autonomamente percepibile, bensì può essere ricostruito dall'interprete solo presupponendo logicamente la regolamentazione civilistica del rapporto di proprietà come sistema di norme.

<sup>327</sup> Norma giuridica, tecnica, etica, morale, di costume, come precisa RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., p. 166 e ss. Secondo l'Autore sono escluse solo le leggi fisiche.

<sup>328</sup> PULITANO, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., p. 217.

<sup>329</sup> ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 174; RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., p. 165.

<sup>330</sup> Così il RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., p. 99 critica l'assunto per cui ogni norma richiedente un giudizio di valore sarebbe indeterminata poiché, nei giudizi di valore fondati su criteri qualificativi già catalogati, di fianco ad una componente irrazionale - emotiva si staglierebbe una componente razionale-logica che vincolerebbe sufficientemente il giudice.

giudizio di valore sia completamente svincolato da un preesistente sistema di valori, e debba viceversa essere operato interamente dal giudice tenendo presente lo scopo della norma o il valore dell'istituto, esso assume carattere pienamente soggettivo: in ciò consisterebbe la distinzione tra gli elementi normativi e le norme discrezionali<sup>331</sup>.

Gli elementi descrittivi e normativi si distinguono nettamente nel momento applicativo della norma, poiché il procedimento di applicazione è di primo grado e richiede un *giudizio di realtà*, a carattere meramente ricognitivo, negli elementi descrittivi; è di secondo grado e richiede, il più delle volte – come vedremo - un *giudizio di valore*<sup>332</sup>, negli elementi normativi<sup>333</sup>.

Gli elementi normativi, a loro volta, a seconda della norma intermedia cui si riferiscono, possono essere determinati ovvero valutativi in senso stretto<sup>334</sup>.

L'elemento normativo è determinato o rigido quando, per l'individuazione dei concetti cui si riferisce, richiede il riferimento ad un'altra norma giuridica, purché sia determinata<sup>335</sup>, o a una norma tetica, attraverso la quale il concetto sarà

---

<sup>331</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 191.

<sup>332</sup> Sul giudizio di valore contrapposto al giudizio di realtà, CAJANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, p. 77. RUGGIERO, *Gli elementi normativi*, cit., p. 99 il quale riporta la dottrina tedesca, divisa tra coloro che fondano il binomio sulla distinzione giudizio di valore-giudizio di realtà e coloro che fondano la distinzione sul binomio mondo sensibile-mondo spirituale.

<sup>333</sup> Il GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1950, vol. II, p. 167, definisce gli elementi normativi come quelli di fronte ai quali “il giudice deve svolgere, oltre che un'attività conoscitiva (accertamento), anche un'attività di valutazione”; il BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 150 li definisce invece come “elementi che postulano ai fini del loro accertamento concreto una speciale valutazione da parte del giudice: al di fuori della valutazione specifica essi non esistono come elementi di fatto che possano venire in considerazione ai fini della fissazione degli elementi caratteristici della fattispecie.”.

<sup>334</sup> MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 192 distingue, secondo un criterio analogo, gli elementi normativi di valutazione legale e gli elementi normativi di valutazione giudiziale. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 174 e 200, a sua volta, distingue gli elementi normativi in base al parametro, giuridico o extragiuridico. In particolare, l'Autore rileva che l'elemento normativo è determinato quando i presupposti della sua applicazione possono essere definiti mediante caratteri descrittivi (es. “minorenne”); è valutativo o normativo in senso stretto, in caso contrario (es. “oscenità” dello scritto; “blasfemia” della rappresentazione). Riporta questa distinzione, pur non utilizzando la dizione “valutativi in senso stretto”, PALAZZO, *L'errore*, cit., p. 15. Infine, il RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., p. 127 critica il mancato approfondimento di questa ulteriore differenziazione, notando come spesso sia erroneamente ritenuto un dato comune a tutti gli elementi normativi l'essere fondati su un giudizio di valore. L'Autore correttamente rileva che invece ciò non si verifica sempre ed anzi arriva a dire che l'elemento normativo finisca dove inizia l'elemento valutativo.

<sup>335</sup> Si pensi all'“altruità” della cosa nel furto. L'elemento “altrui” è normativo, ma rigido, in quanto rinvia alla normativa civile - determinata - in tema di proprietà e modi di acquisto della stessa.

apprezzabile con una percezione immediata, un procedimento gnoseologico non complesso, seppur di secondo grado<sup>336</sup>.

Va preliminarmente sottolineato che non tutti gli elementi normativi giuridici sono determinati, bensì solo quelli che si riferiscano ad una norma giuridica a sua volta determinata. Questo aspetto è stato approfondito da autorevole dottrina<sup>337</sup> laddove ha posto in evidenza la difficoltà che il cittadino può incontrare talvolta nel reperire la norma richiamata dall'elemento normativo. Ciò, in particolare quando il rinvio dell'elemento normativo sia a catena ovvero sia direzionato non ad una singola norma ma ad un sistema normativo a pioggia, in cui finanche l'operatore tecnico ha difficoltà ad orientarsi.

Viceversa, l'elemento normativo è valutativo in senso stretto quando, per l'individuazione dei concetti cui si riferisce, richiede il riferimento a una norma assiologica, ad un parametro extragiuridico, morale, etico, di costume<sup>338</sup>, attraverso il quale il concetto sarà apprezzabile per mezzo di un'attività a carattere squisitamente valutativo e soggettivo<sup>339</sup>.

## *2.1. Gli elementi normativi*

L'analisi della categoria degli elementi normativi ha una storia complessa che passa attraverso anni di dibattiti e la disamina di diversi criteri discretivi rispetto agli altri elementi della fattispecie.

Va innanzitutto dato atto del dibattito circa l'esatta collocazione degli stessi nella teoria generale del reato, per poi approfondire i profili di peculiarità che, individuandone la natura giuridica, li differenziano dagli elementi descrittivi e tracciare infine l'interna distinzione tra elementi normativi giuridici ed extragiuridici.

---

<sup>336</sup> In termini sostanzialmente analoghi, RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., p. 126.

<sup>337</sup> BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., p. 215; ID., *La discrezionalità*, cit., p. 181.

<sup>338</sup> Con riferimento specifico agli elementi normativi fondati su regole morali o sociali, il RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., p. 127 ritiene che non sia indeterminato il giudizio di valore, bensì solo il criterio fonte alla base di tale giudizio. La distinzione in realtà è macchinosa e non riesce a negare l'indeterminatezza dell'elemento normativo globalmente considerato.

<sup>339</sup> Si pensi all'osceno, che, per la sua decodificazione, richiede un'attività schiettamente valutativa di analisi dei difficilmente decifrabili parametri morali che la società variamente utilizza per definire cosa superi la soglia dell'accettabilità.

Sotto il primo profilo, già autorevole dottrina italiana dei primi del Novecento<sup>340</sup>, nell'affrontare la categoria e la sua collocazione sistematica, si contrapponeva ad una teoria tedesca<sup>341</sup> che identificava gli elementi normativi come quelli attinenti all'antigiuridicità del fatto espresso dalla norma: essa sosteneva che la relazione di conformità o contrasto - richiesta dall'elemento normativo - fra un dato della realtà ed una norma non fosse un giudizio attinente al fatto, bensì appunto all'antigiuridicità.

Il Delitalia<sup>342</sup> riteneva invece che tali elementi, lungi dal ricollegarsi al momento valutativo dell'illiceità/antigiuridicità, fossero assolutamente imprescindibili ai fini della chiara delimitazione del fatto, e attenessero quindi alla descrizione di esso. Il dibattito assume rilevanza di non poco momento in tema di errore sugli elementi extragiuridici, ma, per la delicatezza della questione, non può essere ulteriormente approfondito in questa sede.

Sotto il secondo profilo, sganciato dall'inquadramento nell'ambito della teoria generale del reato e incentrato sulla natura giuridica intrinseca degli elementi stessi, la categoria è stata definita sulla base di una peculiarità caratterizzante: la riferibilità degli elementi normativi a "*dati i quali possono essere rappresentati e pensati solo sotto logica presupposizioni di una norma*"<sup>343</sup>.

D'altra parte, anche su questo tema, non sono mancati i contrasti: l'autonomia concettuale della categoria, nella sua contrapposizione agli elementi descrittivi, è stata infatti fortemente messa in discussione, sotto un duplice profilo.

Per un verso, si è sostenuto<sup>344</sup> che tutti gli elementi della fattispecie sarebbero propriamente normativi in quanto caratterizzati dalla loro precipua funzione di "regolamentazione giuridica". Sotto tale aspetto, ogni elemento

---

<sup>340</sup> DELITALIA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, p. 119. Ma prima di lui, in tali termini, già il CARRARA, *Dell'ignoranza come scusa*, in *Opuscoli di diritto criminale*, VII, Lucca, 1874, p., p. 391.

<sup>341</sup> MAYER, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, I, Heidelberg, 1923, p. 182 riportato dal PALAZZO, *L'errore*, cit., p. 31.

<sup>342</sup> DELITALIA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, p. 119.

<sup>343</sup> ENGISCH, *Die Normativen Tatbestands-elemente in Strafrecht*, in *Fest. Mezger*, Munchen und Berlin, 1954, p. 147, nella traduzione offerta da PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., p. 217. Così, anche GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-1952, p. 191.

<sup>344</sup> WOLF, *Die Tipen der Tatbestandmassigkeit*, Breslau, 1931, p. 59, il cui pensiero è riportato da ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 173 e da RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., p. 46.

subirebbe una “trasformazione in funzione normativa”, in quanto filtrato dalla luce del valore penalistico che permea la fattispecie.

Tuttavia, questa tesi, da un lato, prova poco, in quanto si limita a rilevare la versatilità del significato dei termini utilizzati nelle fattispecie, alla luce del contesto – giuridico – in cui essi sono inseriti<sup>345</sup>; e dall’altro, non nega l’esistenza del parametro, riscontrabile e valido, di distinzione tra elemento normativo e descrittivo: il riferimento o meno dell’elemento a qualificazioni normative estranee alla norma in cui esso è contenuto.

Per altro verso, si è sostenuto<sup>346</sup>, all’opposto, che tutti gli elementi della fattispecie sarebbero descrittivi dal momento che, quand’anche si fondino su parametri valoriali, sono comunque radicati in una realtà oggettiva e sono quindi percepibili coi sensi. “Normativo” sarebbe propriamente solo quell’elemento apprezzabile esclusivamente attraverso una “comprensione spirituale”.

Affini a quest’ultima tesi, ma più incisive, le osservazioni di autorevole dottrina<sup>347</sup> “pan-descrittiva”, nell’opinione della quale “*ogni giudizio (finanche) di valore ha la sua base in un constatazione di fatto*”: la categoria degli elementi normativi, lungi dall’avere una natura concettuale ontologicamente autonoma, si porrebbe quale mero “*criterio di raggruppamento di dati dell’esperienza e di classificazione di fatti*”. Sulla scia di queste teoria pan-descrittive, si è così sostenuto che l’elemento normativo altro non sarebbe che la forma abbreviata, l’espressione sintetica di un significato meramente descrittivo<sup>348</sup>. In altre parole, una tecnica sintetica di redazione delle fattispecie dettata per ragioni di evitamento dell’ipertrofia normativa.

Il rilievo, in teoria, non è scorretto, poiché ogni elemento normativo è traducibile in una lunga elencazione casistica di ipotesi che lo concretizzano e che, una volta concretizzate, appartengono appunto al mondo percettivo.

---

<sup>345</sup> PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, p. 483

<sup>346</sup> WELZEL, *Naturalismus un Wertphilosophie im Strafrecht*, Berlin, 1935, p. 42 il cui pensiero è riportato dal RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., p. 54.

<sup>347</sup> NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, p. 41.

<sup>348</sup> Per fare un esempio, con il GRISPIGNI, *Diritto penale*, cit., p. 20, l’atto di libidine altro non sarebbe che una “forma abbreviata” sostitutiva di una minuziosa descrizione del reato con elementi schiettamente casistici, che indichino ciò che, secondo il comune modo di intendere, deve ritenersi atto di libidine.

Purtuttavia, ciò che tale teoria omette di rilevare è la centralità e la delicatezza dell'opera di concretizzazione<sup>349</sup>: l'applicazione della norma munita di elemento normativo richiede al giudice un'attività di decodificazione – che la norma con soli elementi descrittivi non richiede -. Tale attività può essere - è vero - estremamente semplice e contenuta entro confini limpidi e decisi, ove l'elemento normativo si riferisca ad una norma giuridica descrittiva e determinata; ma può invece diventare autenticamente valutativa, ove l'elemento normativo si riferisca ad un criterio extragiuridico non chiaramente delimitato e agevolmente decodificabile<sup>350</sup>.

In questi termini, il rilievo riportato mostra tutti i suoi limiti poiché la teorica immutabile corrispondenza tra elemento normativo e suo “doppione” descrittivo (i.e. elencazione dei casi concreti) crolla proprio al momento dell'applicazione della norma: l'opera di decodificazione affidata all'interprete, infatti, si caratterizza per la sua contestualizzazione temporale, alla stregua della quale la traduzione dell'elemento normativo, almeno quando questo sia valutativo in senso stretto<sup>351</sup>, è del tutto cangiante nel tempo e impattata dal contesto storico culturale.

Da ciò emerge che comunque gli elementi normativi non soddisfano solo un'esigenza di sintesi normativa che riguarda il profilo della tecnica di redazione della fattispecie, bensì appagano un'esigenza di politica legislativa di mantenere il diritto fluido e al passo con le mutate coordinate socio-culturali.

Sotto il profilo strutturale, l'elemento normativo può (i) costituire una porzione di disposizione, inserendo in essa una definizione contenuta in altra disposizione di legge, ovvero (ii) costituire ex se una fattispecie assorbendo l'intera valutazione di disvalore della fattispecie, per la cui decodificazione si

---

<sup>349</sup> MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 182 rileva correttamente “Se, dove la fattispecie è composta da elementi tassativi è lo stesso legislatore che esprime la descrizione di ciò che valuta illecito, altre volte il passaggio dal piano della valutazione (da parte del legislatore) al piano della descrizione è fatto da parte del giudice per il singolo caso.”.

<sup>350</sup> In entrambi i casi, l'applicazione dell'elemento normativo richiede un procedimento esegetico di secondo grado, che costituisce il chiaro parametro distintivo tra elemento normativo e descrittivo. In ciò, l'autonomia concettuale della categoria degli elementi normativi appare fuori discussione.

<sup>351</sup> D'altra parte, PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., p. 225 nega la corrispondenza anche con riferimento agli elementi normativi a carattere non valutativo, notando come, nel caso dell'altruità ad esempio, la normativa di riferimento civilistica sia comunque cambiata introducendo un sistema di atipicità dei modi di acquisto della proprietà.

rinvia ad una differente proposizione normativa che viene assunta nella sua totalità<sup>352</sup>.

Sotto il profilo categoriale, autorevole dottrina<sup>353</sup> ritiene distinti dagli elementi normativi gli elementi c.d. di giudizio cognitivo. Questi (es. “pericolosità” di una condotta) si caratterizzano per la loro riferibilità a massime di scienza o di esperienza, per la cui decodificazione l’interprete deve procedere a confronti, giudizi relazionali e qualificazioni complesse che attengono comunque al campo cognitivo e determinativo del fatto e non a quello propriamente normativo. Diversamente, rientrerebbero negli elementi normativi gli elementi c.d. di giudizio quantitativo (es. “particolare tenuità” del danno o “eccessiva” velocità) i quali, per la loro decodificazione, richiedono l’individuazione e la scelta di un livello di riferimento, normativamente giustificato, che individui il parametro di normalità alla stregua del quale effettuare il giudizio. La distinzione non appare fondata, dal momento che, anche nel caso di elementi c.d. di giudizio cognitivo (si pensi appunto alla pericolosità della condotta), l’interprete dovrà comunque procedere all’individuazione di un parametro di riferimento – norma giuridica o extragiuridica - alla stregua del quale effettuare il giudizio. In realtà, sembra che entrambi gli elementi, di giudizio quantitativo e di giudizio cognitivo, possano collocarsi in una categoria parzialmente differente da quella degli elementi normativi. A ben vedere, riferendosi a dati percepibili in modo diretto, sui quali si innesta poi un giudizio valoriale, possono rientrare nell’area degli elementi descrittivi, cui si affianca una valutazione. L’argomento sarà approfondito, con riferimento alla categoria degli elementi descrittivi che presentano problemi di determinatezza.

Venendo alle sottocategorie degli elementi normativi, è stato già detto che essi possono utilizzare, come criterio di riferimento per l’individuazione dell’oggetto designato, una norma giuridica ovvero extragiuridica.

---

<sup>352</sup> La distinzione accurata è di RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., p. 176, il quale riporta come esempio del primo tipo il riferimento alla nozione di “testimone”, “pubblico ufficiale”, “coniuge”; del secondo tipo, all’“illecita sottrazione del contenuto di corrispondenza”.

<sup>353</sup> PULITANO, *L’errore di diritto nella teoria del reato*, cit., p. 218.



A questo proposito, va precisato che, sul piano pratico, la distinzione sulla natura della norma in concreto richiamata non è operazione sempre agevole e scontata.

Accade infatti che un medesimo concetto sia talvolta richiamato con espresso riferimento ad una norma giuridica; talaltra, il riferimento non è rigido e propriamente collegato alla norma giuridica, bensì a una generica nozione morale. Si pensi all'ingiustizia che, nell'art. 52 c.p. è utilizzato in senso giuridico e in altre norme penali in senso morale; o a termini come illegittimità o abuso<sup>354</sup>.

All'opposto, può accadere che un elemento normativo schiettamente riferito ad una norma morale sia assorbito alla sfera giuridica attraverso una definizione legislativa. In tali casi, l'elemento normativo diventa giuridico ma, il più delle volte, finisce per riferirsi ad una norma giuridica contenente un altro elemento normativo, questa volta non giuridico, bensì morale. In altre parole, la norma *x* contiene un elemento normativo giuridico il cui criterio identificativo è contenuto nella norma *y*. Tuttavia, la norma *y*, che tenta di definire giuridicamente un concetto della morale, a sua volta contiene un elemento normativo a carattere non giuridico, bensì morale. Per rendere più chiaro il ragionamento si pensi alla definizione di osceno: l'art. 527 c.p. (norma *x*) incrimina gli atti osceni. Sebbene l'“osceno” sia ontologicamente un elemento normativo morale, il legislatore definisce legislativamente il suo contenuto valoriale nell'art. 529 c.p. (norma *y*), trasformandolo in elemento normativo giuridico. Dal canto suo, però, l'art. 529 c.p. si riferisce al “*comune senso del pudore*”, altro elemento normativo, questa volta definitivamente morale. In tali casi, sebbene la norma-base sia apparentemente munita di elemento normativo giuridico (come tale caratterizzato da maggiore determinatezza) parteciperà della natura delle norme munite di elemento normativo morale-sociale e delle corrispondenti problematiche di

---

<sup>354</sup> Sotto questo profilo, il BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 189, rilevando la generale maggiore determinatezza garantita dall'elemento normativo giuridico rispetto a quello extragiuridico, ritiene che l'interprete, di fronte all'elemento, quando non si in grado di comprendere se esso si riferisca ad un criterio giuridico o extragiuridico, dovrebbe assumerlo come giuridico per garantire il rispetto del principio di determinatezza. Ad esempio, laddove la norma si riferisca all'ingiustizia, il criterio di giustizia cui parametrare l'elemento dovrebbe essere a carattere giuridico (contra *ius*) e non morale (genericamente contrario alla morale e all'etica). Dedicando al tema della polisemia degli elementi normativi una trattazione specifica approfondita il PAGLIARO, *Appunti su alcuni elementi normativi contenuti nella legge penale*, cit., p. 420.

determinatezza<sup>355</sup>. L'attribuzione di una definizione legislativa non è qui idonea a precisare un concetto che è ontologicamente valutativo in senso stretto.

Approfondendo la distinzione tra elemento normativo giuridico e morale, va rilevato che, nell'elemento normativo giuridico, il criterio di riferimento assunto è innanzitutto scritto, dotato di chiarezza e puntualità e può essere decodificato attraverso le regole dell'interpretazione giuridica. In tali casi, la norma contenente l'elemento normativo sarà determinata, a condizione che la norma giuridica richiamata sia a sua volta determinata. La norma giuridica richiamata è determinata quando contiene un elemento descrittivo<sup>356</sup> ovvero quando, pur contenendo a sua volta un elemento normativo, il criterio normativo ad esso sottostante interrompa il ciclo dei rinvii, riferendosi ad un elemento descrittivo<sup>357</sup>. Nel secondo dei casi prospettati, tuttavia, è chiaro che il grado di determinatezza si assottiglia fortemente a mano a mano che i rinvii si moltiplicano: anche nel caso in cui i rinvii siano tutti a elementi normativi giuridici, l'indeterminatezza della norma-base deriverà non dalla presenza di un elemento normativo valutativo, ma dalla fittezza e indiscernibilità del reticolato normativo cui la norma fa riferimento.

All'opposto, nell'elemento normativo extragiuridico, il criterio di riferimento assunto è labile, soggettivo, scivoloso, magmatico. Abbiamo chiamato tali elementi "*valutativi in senso stretto*". In tali casi, è arduo sostenere che la norma in cui essi sono contenuti sia caratterizzata da determinatezza ma la questione va approfondita.

### *3. Differenze tra elementi descrittivi e valutativi in senso stretto: significato definitorio e significato valutativo*

Distinti gli elementi descrittivi e normativi; enucleata, all'interno dell'ultima categoria, la distinzione tra elementi giuridici e extragiuridici (o valutativi in senso stretto); circoscritto entro le coordinate su descritte il problema della determinatezza degli elementi normativi giuridici, è necessario operare

---

<sup>355</sup> E addirittura, il MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 205 riconosce in questo caso l'esistenza di una schietta discrezionalità giudiziaria

<sup>356</sup> E' il caso dell'altruità nel furto.

<sup>357</sup> In termini simili, ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 174.

un'analisi di compatibilità con il principio di determinatezza, da un lato, degli elementi descrittivi, che apparentemente sembrano superare positivamente la prova di conformità, e, dall'altro, degli elementi valutativi in senso stretto, che implicando un giudizio di valore, appaiono *prima facie* stridenti con il suddetto principio.

Preliminare a quest'analisi di compatibilità, è un'ulteriore precisazione in merito alla distinzione tra elementi descrittivi ed elementi valutativi in senso stretto (sottocategoria degli elementi normativi). Tale precisazione prende spunto dallo studio condotto da autorevole dottrina<sup>358</sup>, la quale ha approfondito in modo scrupoloso tale distinzione, ponendola in connessione con i fondamenti filosofici del linguaggio e prendendo le mosse dai vigorosi sforzi compiuti dalla dottrina tedesca sul tema. L'analisi dell'Autore merita una considerazione di riguardo per gli interessanti spunti offerti all'analisi del modo di atteggiarsi degli elementi valutativi nel mondo giuridico.

Il punto di partenza dell'analisi è che - quasi - in ogni termine del linguaggio, è possibile distinguere un significato definitorio e un significato valutativo.

Il significato definitorio<sup>359</sup> è la definizione che consente di passare dal segno linguistico all'oggetto designato. Nel significato definitorio, si distinguono il significato estensionale e il significato intensionale: l'estensione è la classe delle cose cui il termine fa riferimento; l'intensione è l'insieme delle proprietà che individuano le cose cui il termine si riferisce e che è idonea a cogliere l'essenza dell'oggetto<sup>360</sup>. Il significato definitorio<sup>361</sup> si caratterizza per la sua staticità, nel senso che la definizione, intensionale ed estensionale, tende ad imprigionare la realtà in un immobilismo linguistico.

---

<sup>358</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 339.

<sup>359</sup> ALSTON, *Filosofia del linguaggio*, Bologna, 1971, p. 96; BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 305; MARTINO, *Le definizioni legislative*, Torino, 1975, p. 17; SCARPELLI, *La definizione*, cit., p. 183.

<sup>360</sup> Così pure ROSS, *La definizione nel linguaggio giuridico*, in *Diritto e analisi del linguaggio*, cit., p. 209; MARTINO, *Le definizioni legislative*, cit., p. 91.

<sup>361</sup> Generalmente, nella dottrina, si tende a risalire al significato definitorio attraverso l'analisi delle regole che governano l'uso del termine in una certa comunità. Tuttavia, il PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 346 ritiene insufficiente al mondo giuridico tale espediente delle regole d'uso, che sembra connettersi all'aspetto estensionale e considera più utile, ai fini dell'inquadramento del significato definitorio, l'analisi dell'intensione.

Il significato valutativo, invece, è la componente intuitivo - emozionale che consente, prima ancora che operi l'ordine logico dato dal linguaggio, di accorpare la pluralità del reale sotto definizioni comuni<sup>362</sup>, e, in altre parole, di associare alcuni elementi ritenuti omogenei e fissarli, nell'incessante mutevolezza di dati della realtà, sotto una classe equivalente. Tale significato, sebbene esprimibile in qualche modo nelle forme della logica<sup>363</sup>, non è traducibile concettualmente nella forma linguistica se non con un grado di forte approssimazione, poiché appartiene all'area emotivo - intuitiva. Il pregio dell'elemento valutativo sta proprio nella sua intraducibilità concettuale che lo rende fluido, perché non imprigionato entro le forme statiche della definizione: si adegua ai mutamenti sociali, sedimentando nel tempo le mutate reazioni emotive della collettività rispetto ai concetti. Esso costituisce quindi, per così dire, la componente vitale e dinamica del - e sottostante al - linguaggio<sup>364</sup>.

Date queste premesse, l'elemento caratteristico distintivo tra elementi descrittivi e valutativi sta nel fatto che gli elementi descrittivi sono muniti di entrambi i significati suddetti<sup>365</sup> e il significato definitorio consente di identificare l'oggetto definito attraverso un mero giudizio di realtà; mentre gli elementi valutativi sono in qualche modo carenti di un significato definitorio, o meglio, quand'anche si riuscisse a fornire di essi una definizione, l'oggetto definito non

---

<sup>362</sup> Questa concezione del significato valutativo si fonda su una peculiare teoria delle origini del linguaggio: il linguaggio sarebbe originariamente nato in funzione orientativa del comportamento altrui (come forma di richiesta o comando) e, alla sua fonte, si porrebbe sempre un atteggiamento di carattere emotivo verso i dati del reale, una "*oscura comprensione intuitiva nei confronti della realtà percepita*". All'origine estrema del linguaggio, starebbero così dei meccanismi di valutazione della realtà mossi dalle impressioni emotive suscitate dal reale. PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 342.

<sup>363</sup> TAMMELO, TEBALDESCHI, *Studi di logica giuridica*, Milano, 1976, p. 99 e ss.

<sup>364</sup> HART, *Il concetto di diritto*, Introduzione e traduzione a cura di CATTANEO, Torino, 1966, p. 146-159 parla di struttura aperta del linguaggio come caratteristica ineliminabile anche nelle norme giuridiche. L'esempio incisivo che offre è sul termine descrittivo "veicolo" che in sé contiene - volendo utilizzare la terminologia della trattazione - un significato intensionale ed estensionale che dovranno combinarsi con quello valutativo, per stabilire se i tricicli rientrano o meno nella classe di elementi designati dal concetto.

<sup>365</sup> Per esemplificare, il termine "coltello" è costituito da un significato definitorio e da un significato valutativo: nel significato definitorio, l'estensione è l'insieme di tutti gli oggetti associabili al termine coltello (es. coltello da cucina, coltellino svizzero, coltello a molletta); l'intensione è l'insieme delle caratteristiche che un singolo oggetto deve possedere per essere compreso nella classe (es. presenza di una lama tagliente, impugnabilità); il significato valutativo è la pre-comprensione emotivo - valutativa, l'emozione in senso lato, che consente all'osservatore di identificare e raggruppare le caratteristiche comuni che un elemento della realtà deve avere per essere associato al concetto di coltello.

può essere colto e identificato, se non tramite un giudizio di valore<sup>366</sup>. D'altra parte, si tenga conto che consistente dottrina<sup>367</sup> pone in evidenza la contaminazione dei momenti valutativo e gnoseologico, negli elementi descrittivi come negli elementi valutativi.

Così distinti gli elementi valutativi e descrittivi, e facendo tesoro delle precisazioni terminologiche apprese, è necessario verificare se, sotto il profilo della determinatezza, sia totalmente e sempre legittimo l'utilizzo degli elementi descrittivi e se, viceversa, sia sempre bandito l'utilizzo degli elementi valutativi. Infine, andrà valutato se, in definitiva, possa dirsi che una delle due categorie sia in assoluto preferibile all'altra, sotto il profilo della determinatezza. Inizieremo dagli elementi descrittivi.

---

<sup>366</sup> Per esemplificare, l' "osceno" è sì codicisticamente definito come ciò che, secondo il comune sentimento, offende il pudore. Tuttavia, il significato definitorio è irreperibile per afferrare il concetto, resta in ogni caso necessario un giudizio di valore. Ma si pensi ancora al concetto di ordine pubblico, all'aggettivo sedizioso.

<sup>367</sup> E così il RUGGIERO, *Gli elementi normativi*, cit., p. 191, il quale afferma che il giudizio conoscitivo - gnoseologico (i.e. giudizio di realtà) e il giudizio valutativo (i.e. giudizio di valore) siano caratterizzati entrambi da un minimo momento valutativo, poiché anche nel primo caso "l'operazione elementare con la quale il soggetto attribuisce all'oggetto un segno, una parola, è, nel suo profondo, un atto altrettanto arbitrario ed emozionale - irrazionale quanto l'espressione di un giudizio di piacere e di dispiacere, approvazione o disapprovazione sullo stesso fatto. Il collegare un oggetto al proprio patrimonio di spiritualità e l'assicurarne la riconoscibilità, tramite un contrassegno linguistico che ne condiziona successivamente la funzionalità nell'ambito della realtà umana e sociale, è atto altrettanto irrazionale e istintivo quanto l'affermare che un certo oggetto è buono o cattivo, bello o brutto, ove questi giudizi si concepiscano nell'ambito di una originaria posizione del rapporto tra soggetto e oggetto". Il profilo differenziale tra i due giudizi allora starebbe nella differente relazione che si stabilisce tra soggetto interprete e oggetto da interpretare: nel giudizio di valore "la modificazione della spiritualità del primo (del soggetto) si attua in modo immediato (...) con un contatto immediato, senza l'intervento di fattori intermediari"; mentre nel giudizio di realtà "la modificazione spirituale si attua mediante la collocazione del dato dell'esperienza nell'ambito di uno schema o di un modello che la coscienza del soggetto è riuscita ad elaborare sulla base di precedenti esperienze sensibili". Per l'Autore peraltro il momento applicativo della norma, decodificatorio dell'elemento normativo – ossia, "l'inquadramento del dato concreto in uno degli schemi tipici costituiti da categorie concettuali o criteri di valutazione" – si invererebbe sempre in un atto propriamente conoscitivo, mai valutativo. L'Autore scrive infatti "si compie pertanto attività conoscitiva non solo quando in un dato di natura si riconosca un albero, ma anche quando di un certo oggetto si predichi l'utilità o l'inutilità, la bellezza o la bruttezza: null'un caso, infatti, come nell'altro tutto ciò che si afferma intorno ad un oggetto è il risultato di una collocazione di esso nell'ambito di una categoria intellettuale o valutativa che funziona da termine medio del rapporto concreto tra spiritualità soggettiva e realtà obiettiva."

Anche il NASI, *Fatto (giudizio di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967, XVI, p. 973 ritiene inerente all'elemento descrittivo un giudizio di valore.

### 3.1. Elementi descrittivi e principio di determinatezza

Con riferimento agli elementi descrittivi, come detto, in essi si reperisce un significato definitorio e un significato valutativo. Tali significati di regola convergono, nel senso che il significato definitorio è la traduzione concettuale del significato emotivo. Il rapporto tra i due significati non è però di piena identità, poiché, come abbiamo visto, il significato valutativo tende a colorarsi di una complessità e di un mutevolezza e fluidità temporale, cui lo statico significato definitorio non partecipa.

Premesso che la determinatezza di un elemento normativo e della fattispecie nel suo complesso è inversamente proporzionale allo spazio interpretativo valoriale lasciato al giudice, gli elementi descrittivi, che, pur non rinunciando ad un significato valutativo, possono essere colti e individuati grazie ad un mero giudizio di realtà, dovrebbero per definizione essere determinati.

Tuttavia, secondo alcuna dottrina<sup>368</sup>, tale asserzione non è esatta.

Affronteremo il problema della determinatezza degli elementi descrittivi sotto diversi profili, dapprima evidenziando l'ineliminabile indeterminatezza del linguaggio, poi prendendo in considerazione le ipotesi di pluralità o insufficienza del significato definitorio e di sfasamento tra significato valutativo e definitorio, per esaminare infine i casi in cui si inserisca nell'elemento descrittivo un giudizio di valore.

*In primis*, si è sostenuto che lo stesso significato definitorio – i.e. la definizione –, essendo composto esso stesso di elementi descrittivi ovvero valutativi, è scomponibile a sua volta in nuovi significati, secondo un circolo infinito che arriverebbe a polverizzare la definizione stessa, allontanando sempre più l'interprete dall'essenza dell'elemento descrittivo<sup>369</sup>. L'elemento descrittivo,

---

<sup>368</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 167, afferma che “la determinatezza della fattispecie non va confusa con la sua formulazione in chiave rigorosamente descrittiva” e cita come esempio di elemento descrittivo parzialmente indeterminato il termine “*tormento*”; ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 172, riporta come esempi di elementi descrittivi parzialmente indeterminati “*coniunzione carnale*”, “*intenzione*”. In termini analoghi, MALINVERNI, *Lo studio del diritto penale*, in *Temi*, 1963, p. 928; ROSS, *La definizione*, cit., p. 212; BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, cit., p. 308.

<sup>369</sup> Ad esempio, il termine “coltello” può, nella sua dimensione intensionale, definirsi come “oggetto impugnabile munito di lama tagliente”. A sua volta, tutti i termini che compongono la definizione potrebbero scomporsi in altrettante definizioni, secondo un meccanismo a catena che allontanerebbe dall'essenza ultima dell'oggetto iniziale.

in altre parole, sarebbe, in quanto legato al significato definitorio, fisiologicamente indeterminato.

La tesi ci appare in qualche modo peregrina, in quanto sembra riferirsi all'ontologica indeterminatezza delle parole, come inguaribile malattia del linguaggio, più che all'indeterminatezza giuridicamente rilevante che deve guidare il legislatore nella selezione dei termini da utilizzare nella redazione delle fattispecie penali. Per di più, la dottrina<sup>370</sup> ha avuto gioco facile nel ribattere che il circolo infinito di definizioni a catena degli elementi descrittivi può essere agevolmente interrotto quando la definizione sia costituita da termini del linguaggio "cosale", cioè designanti proprietà determinabili con l'osservazione diretta<sup>371</sup>.

Di maggiore interesse rispetto a questo problema di incertezza di significato, che potremmo definire ontologica dell'elemento descrittivo, è il fenomeno della pluralità di significati definitivi riconducibili all'elemento descrittivo. Tale fenomeno fa riferimento all'idoneità di quasi ogni elemento descrittivo ad essere colto secondo più significati definitivi tra loro parzialmente diversi<sup>372</sup>. Per questa ragione, esisterà una classe di oggetti indubitabilmente riconducibile a ciascuno dei significati definitivi dell'elemento descrittivo – che chiameremo nucleo centrale dell'elemento descrittivo – e una classe di oggetti riconducibili invece solo ad alcuni di essi – che chiameremo alone marginale dell'elemento descrittivo<sup>373</sup>.

Sul piano interpretativo, se rispetto agli oggetti ricadenti nel nucleo centrale l'operazione interpretativa è un agevole giudizio di realtà, rispetto agli oggetti dell'alone marginale, la scelta della riconducibilità all'elemento descrittivo

---

<sup>370</sup> SCARPELLI, *La definizione*, cit., p. 184.

<sup>371</sup> Nell'esempio su citato, si coglie come i termini componenti la definizione di "coltello" siano in realtà riferibili al linguaggio cosale.

<sup>372</sup> Tale fenomeno va distinto dalla polisemia che si realizza quando un termine è idoneo ad esprimere più significati tra loro incompatibili (es. "corpo" come corpo umano o come corpo politico, amministrativo). La polisemia, d'altra parte, tendenzialmente non sfocia nella patologia giuridicamente rilevante dell'indeterminatezza, fintanto che il contesto normativo in cui è inserito il termine polisemico riesca ad illuminare in merito all'accezione significativa con cui il termine stesso è assunto nella fattispecie.

<sup>373</sup> Per tornare all'esempio di cui sopra, il termine "coltello" può produrre più significati definitivi, che tra loro si intersecano: a) "oggetto impugnabile munito di lama tagliente"; b) "oggetto agevolmente portatile idoneo a ferire"; c) "arnese da cucina". Il tipico coltello da cucina rientra nel nucleo centrale dell'elemento descrittivo; mentre, la spada, la limetta per le unghie, il coltello di plastica per bambini, il tagliacarte rientrano nell'alone marginale.

dovrà essere necessariamente affidata alla valutazione dell'organo giudicante. Chiaramente, quante più definizioni produrrà il termine, tanto più sarà ampio il suo alone marginale e quindi a rischio la sua determinatezza<sup>374</sup>.

Rispetto a questo apparente problema di indeterminatezza dell'alone marginale dell'elemento descrittivo, vanno operate due precisazioni.

*In primis*, il giudice, nell'ambito del giudizio di riconduzione degli elementi rientranti nel nucleo marginale sarà legato ai valori e allo scopo della norma, che spesso sono in grado di ridurre notevolmente la pletora di significati definitivi attribuibili all'elemento descrittivo<sup>375</sup>. Per tale via, un singolo elemento descrittivo, che, atomisticamente considerato, potrebbe rivelarsi indeterminato trae adeguata determinatezza dal contesto in cui è inserito<sup>376</sup>. E, dal momento che il punto di riferimento dell'analisi della determinatezza non è il singolo elemento della fattispecie ma la fattispecie globalmente considerata, il problema dell'indeterminatezza è in questi casi meramente apparente: le regole dell'interpretazione consentono di superare agevolmente l'*impasse*<sup>377</sup>.

Inoltre, spesso, l'incalzare di nuove definizioni è semplicemente dettato dall'avanzamento dei tempi e quindi dal tentativo del significato definitorio di raggiungere ed esprimere a pieno la multiformità del dinamico significato

---

<sup>374</sup> Si pensi infatti all'elemento "sfruttamento" utilizzato nella fattispecie di sfruttamento della prostituzione di cui all'art. 3, n. 8 della l. 20 febbraio 1958, n. 75. Il termine ha innumerevoli significati definitivi, per cui alcuni comportamenti concreti rientrano nel nucleo centrale; molti nell'alone marginale.

<sup>375</sup> Ciò per esempio si verifica proprio rispetto alla fattispecie di cui alla nota precedente, così come illustra il CALVI, *Sfruttamento della prostituzione*, Padova, 1970, p. 107. L'Autore analizza i vari contegni che astrattamente potrebbero rientrare nel concetto di sfruttamento ma che alla luce della valorizzazione della funzione della norma ne sono categoricamente esclusi.

<sup>376</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 169 individua proprio in questa possibilità concessa all'interprete di definire il significato del termine attraverso la considerazione del contesto della fattispecie e dello scopo della norma la caratteristica distintiva degli elementi descrittivi rispetto agli elementi valutativi, nei quali l'interprete deve necessariamente operare un'etero integrazione.

<sup>377</sup> I criteri interpretativi servono proprio a superare questi stalli di significato propri degli elementi descrittivi indeterminati dal punto di vista semantico. Il riconoscimento di questi criteri rappresenta già di per sé il superamento dell'ottica illuministica del "giudice bocca della legge", condiviso da chi scrive: l'attività interpretativa e la sussunzione esistono e sono operazioni utili a sciogliere le fisiologiche antinomie semantiche. Tuttavia resta e deve restare chiaro che, oltre tale limite, l'atto di interpretazione sfocia in un'autentica creazione, costituzionalmente illegittima. In questi termini, anche ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 199, il quale tuttavia conclude per l'accettabilità degli elementi valutativi e finanche degli elementi discrezionali, in quanto comunque "non vigono l'arbitrio e l'assenza di ogni vincolo, perché si costituiscono, a prescindere dai confini legislativi ed extralegislativi della decisione personale, delle regole teleologiche ed assiologiche che, se non possono determinare materialmente con esattezza la decisione danno però ad essa un sostegno logico".



valutativo. Tale fenomeno, in quest'ottica, non può che essere salutato con entusiasmo poiché consente agli elementi descrittivi di respirare ed allinearsi alle percezioni sociali.

Ancora diverso dal fenomeno della pluralità di definizioni, è quello dell'insufficienza della definizione. Ciò si può verificare quando vi sia un dissonanza tra significato valutativo e significato definitorio: in termini pratici, un oggetto non rientra in nessuno dei significati definitivi – e quindi né nel nucleo centrale né nell'alone marginale dell'elemento descrittivo -, eppure rientra invece nel suo significato valutativo<sup>378</sup>.

Chiaramente, l'opera di "attualizzazione" di un elemento descrittivo al suo significato valutativo, attraverso l'inclusione in esso di un oggetto che a tutto rigore non rientrerebbe nel suo significato definitorio, può risultare di giovamento e onorare la necessità indiscutibile di rendere attuali e plastiche le categorie giuridiche penali, mantenendo una consonanza tra percezione comune del significato di un termine e suo effettivo contenuto significativo.

Tuttavia, le modalità in cui un'operazione di tal sorta può essere svolta dall'organo giudiziario devono essere controllate con attenzione, per scongiurare il rischio di forzature e abusi dettati da un incontrollato repressivismo.

A tal proposito, secondo autorevole dottrina<sup>379</sup>, dovrebbe operarsi una distinzione: la mera operazione giudiziale di inclusione *sic et simpliciter* nell'elemento descrittivo di quell'oggetto tecnicamente escluso dal suo significato definitorio, attraverso un'implicita valorizzazione del significato valutativo può essere assimilata in tutto e per tutto ad un procedimento a carattere analogico, che, se in *malam partem*, va bandito categoricamente dall'ordinamento penale. Tuttavia, ove il giudice, non limitandosi ad una mera inclusione dell'oggetto, si cimentasse nella "creazione"<sup>380</sup> di un nuovo significato definitorio dell'elemento descrittivo, tenendone ampiamente conto nella motivazione della sentenza, l'operazione si collocherebbe sul piano dell'interpretazione e non dell'analogia. In

---

<sup>378</sup> Ciò si verifica, come nota il PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 385, nel caso dell' "energia elettrica" rispetto all'elemento descrittivo "cosa mobile" presente nei reati contro il patrimonio. Essa non rientra nel significato definitorio del termine cosa mobile, eppure è includibile nel suo significato valutativo. Il dato normativo in questo caso supera l'*impasse*.

<sup>379</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 388.

<sup>380</sup> Ma, a ben vedere, di creazione vera e propria non si tratterebbe, dal momento che il giudice si limiterebbe a prendere atto del significato valutativo, adeguandovi quello definitorio.

tal caso, il nuovo significato definitorio nato sul terreno del progresso sociologico e della nuova percezione dell'elemento descrittivo all'interno della comunità, troverebbe in essa il suo referente di controllo. La comunità, attraverso una forma di controllo sociale, potrà accettare o meno la nuova portata significativa del termine appurata dall'organo giudicante.

La tesi è suggestiva, ma è dubbio se l'invasione di campo sul terreno normativo da parte della magistratura possa essere scongiurata attraverso questa generica forma di controllo sociale della comunità sul nuovo significato definitorio attribuito dal giudice. Per questo, un'operazione di tal genere ci sembra debba essere assolutamente contenuta, se non decisamente evitata, per garantire la conformità al principio di determinatezza.

Ancora diverso dai fenomeni esaminati è quello della divaricazione tra significato valutativo e significato definitorio, con eccesso del secondo rispetto al primo. Si tratta di fenomeno diametralmente opposto a quello dell'insufficienza di significato definitorio e si verifica quando il significato definitorio supera quello valutativo.

Ciò si verifica in un'ipotesi complessa, che tenteremo di illustrare, che costituisce un'autentica "*cattiva abitudine*" del legislatore: spesso, volutamente, ricercando la tutela massima e ad ogni costo di un bene giuridico, il legislatore costruisce l'intera fattispecie incriminatrice imperniandola su un insieme di elementi a carattere descrittivo, e quindi presumibilmente determinati, che, però, globalmente considerati, individuano una serie di condotte estremamente eterogenee tra loro sotto il profilo del disvalore.

In tali casi, la classe di oggetti – i.e. condotte - rientranti nell'elemento descrittivo – i.e. nel coacervo di elementi descrittivi che costituiscono la fattispecie oggettiva – è talmente ampia e individua oggetti – i.e. condotte - talmente eterogenei tra loro che di vera e propria classe, a rigore, non potrebbe parlarsi, avendo gli oggetti in esame un solo elemento in comune tra loro, che è la pretesa offesa al bene giuridico tutelato. In questo modo, si causa la rottura del collegamento delle condotte incriminate (significato definitorio) con la generale percezione che la comunità ha dell'offesa che tali specifiche condotte arrecano

(significato valutativo), minando in un sol colpo il principio di determinatezza e il principio di offensività.

Replicando le riflessioni svolte sul rapporto tra significato valutativo e significato definitorio e mutuandole su tutta la fattispecie oggettiva<sup>381</sup>, si può dire che, in tali casi, il significato definitorio della fattispecie (i.e. l'insieme delle condotte concretamente attratte alla fattispecie) sia troppo più vasto di quello valutativo (i.e. l'insieme delle condotte considerate lesive del bene giuridico tutelato dalla norma), poiché il legislatore non si è “*attenuto alle valutazioni esistenti nella realtà sociale*”<sup>382</sup>.

Per facilitare la comprensione dei complessi passaggi logici operati, è utile riferirsi ad un esempio fornita da autorevole dottrina<sup>383</sup>: il reato di abuso di ufficio di cui all'art. 323 c.p., incriminando qualunque violazione di norme del diritto amministrativo, come condotte lesive del buon funzionamento, dell'imparzialità e della correttezza dell'azione amministrativa, abbracciava una classe di condotte del tutto eterogenee tra loro e non riconducibili perciò ad un unico “*significato valutativo*”. Ciò si verifica anche rispetto al reato di attentati di cui all'art. 241 c.p. che crea una fattispecie tipica del tutto slabbrata ed eterogenea rispetto alla quale è arduo individuare una struttura valutativa uniforme nel tessuto sociale<sup>384</sup>.

Queste ipotesi patologiche nascono a ben vedere da quella furia repressiva di tutela ad ogni costo rispetto a certi beni giuridici, che abbiamo visto essere una delle principali cause dell'abbondante produzione normativa indeterminata che caratterizza, per un verso, il Codice roccco (es. la tutela del concetto di Stato) e, per altro verso, il legislatore repubblicano (es. la tutela penale dell'economia). Ciò,

---

<sup>381</sup> E in effetti, quando si affronta il tema della determinatezza è a tutta la fattispecie che bisogna riferirsi, non ai singoli elementi che la costituiscono.

<sup>382</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 411; DEAN, *Il rapporto di mezzo a fine nel diritto penale*, Milano, 1967, p. 75 allo stesso modo rileva che “*nelle valutazioni dell'ordinamento giuridico, l'azione umana si manifesta secondo modelli caratteristici di condotta tendenti per lo più ad assumere forme costanti, riconducibili a pochi generalissimi schemi.*”; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 99, 102 parla di tipologie ontologiche di offese; infine, PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, cit., p. 28, secondo il quale le fattispecie più caratteristiche derivano da epoche antichissime, riferendosi a comportamenti che la coscienza popolare sa ben distinguere, in quanto incidono sulla fantasia più primitiva. Tale componente “ancestrale” svolge, o meglio dovrebbe svolgere, un'importante funzione di tipizzazione sulla selezione delle condotte punibili.

<sup>383</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 405.

<sup>384</sup> Sull'art. 241 c.p., anche GRASSO, *Il principio “nullum crimen sine lege” nella Costituzione italiana*, cit., p. 161 il quale nel contrapporre le fattispecie a condotta indeterminata da quelle a evento indeterminato, include nelle seconde, oltre agli artt. 521, 526, 299 c.p., l'art. 241 in cui “*l'ultimo accadimento appare indicato in termini del tutto generici.*”.

oltre a minare la frammentarietà del diritto penale, causa anche una certa distanza del diritto penale dal cittadino, poiché i consociati non riconoscono nel reticolato normativo penale delle rappresentazioni di fatti offensivi già esistenti e diffusi nel patrimonio conoscitivo sociale.

Un'altra categoria di elementi descrittivi che presenta problemi di determinatezza è costituita da quegli elementi descrittivi che esigono da parte del giudice valutazioni di misura (es. “grave nocumento”; “difesa proporzionale all’offesa”) o di ordine temporale (frequente l’esempio del termine “notte”). Tali elementi, sebbene richiedano valutazioni da parte del giudice che guardano alla natura giuridica della norma in cui sono inseriti, allo scopo da essa perseguito e alla posizione di essa nel sistema normativo, restano categorizzati nell’ambito degli elementi descrittivi<sup>385</sup>.

Tali elementi elastici diventano del tutto indeterminati<sup>386</sup> e quindi, in contrasto con il principio di determinatezza ogniqualvolta il parametro cui va ricondotta la valutazione, tenuto conto anche della *ratio* e dello scopo della norma, non sia assolutamente preciso<sup>387</sup>. Ciò dimostra che non ogni elemento elastico si qualifica come incompatibile con il principio di determinatezza, bensì solo quello che non consenta un’interpretazione che assesti l’univocità del suo segno linguistico: l’elemento elastico deve consentire che, attraverso l’esercizio dell’equità – ossia l’adeguamento dell’elemento alle esigenze del caso concreto -<sup>388</sup>, il giudice neutralizzi le sfumature del caso concreto, tenendo presente dei punti di riferimento stabili che limitino l’elasticità – come lo scopo della norma o il contesto sistematico.

---

<sup>385</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 169, nt. 346.

<sup>386</sup> Secondo il BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 173 questi elementi sono comunque nettamente distinti dagli elementi discrezionali, nei quali il richiamo al caso concreto non è - come nei primi - uno strumento di aiuto per l’interprete al fine di meglio definire l’oggetto della valutazione espressamente indicato dal legislatore, ma un vero e proprio punto riferimento esclusivo dell’analisi, in assenza di un’indicazione precisa dell’oggetto della valutazione.

<sup>387</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 173. Secondo l’Autore, ad esempio, il “tempo di notte” indicato nell’art. 699 c.p. trae determinatezza dalla *ratio* della norma in cui è inserito: essendo inserito per il maggior pericolo che la condotta di abusivo porto d’armi presenta nelle ore in cui l’oscurità rende più difficoltosa la difesa, è atta a individuare solo le ore caratterizzate da un’oscurità tale da rendere evidente il maggior pericolo. Viceversa, l’usurarietà degli interessi prevista dal vecchio art. 644 c.p. era un elemento indeterminato. Per altri numerosi esempi, si veda p. 173, nota 349.

<sup>388</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 177 si esprime in termini di equità; cita diversa dottrina la quale ritiene presente negli elementi elastici un ineliminabile componente di “*folgorazione intuitiva*”.

Chiariti i casi in cui un elemento a carattere descrittivo, a dispetto della sua natura e del giudizio di realtà che, in condizioni fisiologiche, richiede, si presenta indeterminato, è utile approfondire altri due profili di criticità che possono presentare le fattispecie costruite su elementi descrittivi, e quindi *prima facie* estranee al problema dell'indeterminatezza.

La prima tipologia patologica che andiamo ad analizzare presenta un aspetto preciso di criticità che non investe il profilo strettamente linguistico e significativo dei termini utilizzati, bensì interessa il problema della determinatezza in un'accezione diversa da quella sin qui intesa - che si concentra sul criterio puramente redazionale: la concreta verificabilità dell'illecito incriminato. Secondo tale parametro della non concreta verificabilità del fatto, la norma sarà indeterminata ogni qualvolta il legislatore costruisca la fattispecie valorizzando fortemente il dato soggettivo: o fondando l'intera incriminazione su un atteggiamento esclusivamente a carattere psicologico o interiore – in un'ottica eticizzante <sup>389</sup>, ovvero imperniando la fattispecie su un evento di natura essenzialmente psichica <sup>390</sup>.

La seconda tipologia patologica è costituita da quegli elementi descrittivi che gettano un'ombra di indeterminatezza sulla fattispecie a causa della forte ricaduta emotiva che hanno sull'interprete <sup>391</sup>. Tali sono gli elementi che esprimono già in sé una connotazione positiva o negativa idonea a influenzare e a condizionare l'interprete in una direzione ben precisa: “motivi abietti”; “sevizie e

---

<sup>389</sup> Questo fenomeno è generalmente noto come diritto penale dell'atteggiamento interiore. Manifestazione normativa ne è ad esempio il caso dei “*proclivi a delinquere*”, norma dichiarata costituzionalmente illegittima. Rispetto a questo profilo, non può non considerarsi in una visione critica la rielaborazione nostrana del diritto penale del *Gesinnungstrafrecht* ad opera del BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1971, p. 3; ID., *Colpa d'autore*, cit., p. 417. Per una brillante visione critica, si rinvia alle pagine del BRICOLA, *Teoria generale*, cit., p. 66.

<sup>390</sup> Esempio ne sono il reato di plagio e i reati di istigazione, ovvero la fattispecie incriminatrice di atti persecutori (c.d. *stalking*), di recente introduzione. In ogni caso, tutte le ipotesi di valorizzazione dell'elemento intenzionale, sia in ottica costitutiva che di selezione del tipo di illecito, risulta rischiosa sotto il profilo della determinatezza. A tal proposito, si pensi alla recente distinzione giurisprudenziale tra esercizio arbitrario delle proprie ragioni ed estorsione, fondata sulla mera convinzione del soggetto agente rispetto alla tutelabilità giuridica della propria posizione soggettiva. Da un dato non concretamente verificabile quale l'intima convinzione del reo si fa dipendere non solo la scelta del tipo incriminazione, ma, a ben vedere, lo stesso *an* della punibilità, considerando che il primo reato è perseguibile a querela della persona offesa.

<sup>391</sup> SCARPELLI, *Semantica giuridica*, cit., p. 998, il quale, nel riportare la teoria della definizione persuasiva, avverte come, finanche rispetto al termine “diritto”, si verifichino delle contaminazioni emozionali e suggestive.

crudeltà”. In tali casi, si verifica una contaminazione tra significato sintattico e significato emotivo. A tale patologia si prestano gli elementi descrittivi del linguaggio comune, più che gli elementi del linguaggio tecnico. Da tale modalità di redigere fattispecie incriminatrici è tristemente caratterizzata la categoria dei reati di opinione<sup>392</sup>.

### 3.2. Elementi valutativi in senso stretto e principio di determinatezza

Analizzati i profili di compatibilità tra elementi descrittivi e principio di determinatezza, va affrontata un’analoga analisi con riferimento agli elementi valutativi in senso stretto.

Rispetto ad essi, autorevole dottrina<sup>393</sup> ha correttamente rilevato che di regola si riferiscono a “*beni immateriali* (n.d.r. onore, pudore, decoro, prestigio, etc.) e *qualifiche personali che male si prestano ad essere incapsulati in forme tassative*.”. Essi indicano un’entità che vive solo ed esclusivamente nei limiti della valutazione che ne fornisce un soggetto<sup>394</sup>. Già sotto tale profilo genericamente definitorio della categoria, si rileva una contrarietà al principio di determinatezza.

Gli elementi valutativi appaiono, come detto, caratterizzati dall’assenza di un significato definitorio, dal momento che la natura che li caratterizza è non concettuale, bensì valoriale. Quand’anche si riuscisse a tradurli in definizioni, queste apparirebbero approssimative, dal momento che non si mostrano idonee a cogliere il termine di riferimento attraverso un giudizio di realtà. L’interprete coglie il significato solo attraverso un’analisi dei comportamenti che esprimono a livello pre-concettuale quel valore, secondo un ragionamento a ritroso fino all’origine del linguaggio. In tali casi, l’interprete individua gli oggetti da includere nell’elemento senza avere come riferimento alcun limite linguistico e affidandosi invece interamente al suo personale criterio di valutazione e all’analisi delle reazioni sociali.

---

<sup>392</sup> FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, p. 179, nota 80.

<sup>393</sup> MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 201.

<sup>394</sup> Come esempi, MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 201-209 cita la “abitudine”, ma anche i motivi “abietti”, il reato di deturpamento di “bellezze naturali”, i reati posti a tutela del “patrimonio artistico”, ma anche il “pubblico scandalo” nel reato di incesto, l’usurarietà degli interessi, il vilipendio, l’adulterio, e molte altre. La categoria in realtà, secondo le distinzioni che abbiamo operato, va a mio avviso circoscritta agli elementi riferiti al mondo della morale, dell’etica, della cultura.

Accade così che il legislatore, con gli elementi normativi valutativi, affidi all'interprete un criterio valoriale da decodificare e concretizzare nella fattispecie, rispetto al quale l'interprete non ha però alcun vincolo definitorio. Si pensi alle ipotesi di "morale familiare" o di "interessi nazionali", dove il criterio valoriale è equivoco e sostanzialmente impossibile da accertare nell'ambito sociale poiché riferito ad una collettività estremamente eterogenea, poiché pluralista quanto a valori e orientamenti politici, religiosi, culturali in senso ampio.

Per essere più precisi, il giudice per percepire il criterio valoriale alla stregua del quale decodificare l'elemento valutativo, deve risalire alla norma morale che disciplina l'elemento. Ora, la norma morale, a differenza della norma giuridica, non è *a priori* definita e conoscibile poiché si manifesta e si concretizza solo come manifestazione comportamentale *a posteriori*, ossia come "*resistenza, opposizione, riprovazione individuale o collettiva rispetto a singole azioni particolari.*"<sup>395</sup>.

Alcune volte, peraltro il legislatore va addirittura oltre l'utilizzo di un criterio valoriale indeterminato, e si serve di elementi valutativi meramente apparenti, che risultano cioè privi di un vero e proprio criterio valoriale. Ciò si verifica ad esempio nel caso dell'espressione "giustificato motivo", dove l'intera valutazione di liceità della condotta è affidata ad un giudizio di valore del giudice che va perfino oltre il concetto di discrezionalità in quanto risulta totalmente privo di un criterio di riferimento, di uno scopo normativo, di una finalità<sup>396</sup>. Espressioni di questo genere, così come "senza giusta causa", costituiscono la categoria delle clausole generali, caratterizzate da un altissimo tasso di indeterminatezza.

Ora di fronte a questa indeterminatezza strutturale e fisiologica dell'elemento valutativo, bisogna verificare se esistano condizioni nelle quali l'utilizzo dello stesso nel diritto penale appaia costituzionalmente legittimo, poiché l'indeterminatezza non appare costituzionalmente rilevante.

---

<sup>395</sup> GRASSO, *Il principio "nullum crimen sine lege" nella Costituzione italiana*, cit., p. 136. Sul tema, BALOSSINI, *La rilevanza giuridica delle regole sociali*, Milano, 1980, p. 264.

<sup>396</sup> In questo riteniamo quindi forzato l'intervento della Corte costituzionale che ha in qualche modo introdotto con la sua personale interpretazione i criteri valoriali in base ai quali decodificare l'espressione "*giustificato motivo*".

Ebbene, a questo proposito si contrappongono opposte teorie: la teoria del criterio concreto della maggioranza (o storico-realistico)<sup>397</sup> e quella del criterio deontologico<sup>398</sup>.

Alla stregua della prima<sup>399</sup>, l'elemento valutativo potrà dirsi determinato, se l'interprete, di fronte ad esso, sia in grado di rilevare nella collettività che lo circonda una certa “*omogeneità e uniformità dei comportamenti sociali esprimenti la valutazione*”, che verrà così presa quale criterio di riferimento. Viceversa, l'elemento è indeterminato e costituzionalmente illegittimo, quando tale omogeneità non sia rilevabile e quindi l'imprecisione e la flessibilità del criterio valoriale tocchino il punto limite oltre il quale il giudizio soggettivo del giudice diviene il criterio preponderante. In altre parole, se il giudice può attingere il criterio valutativo *aliunde* rispetto al patrimonio normativo, ma servendosi di ordini precostituiti socialmente, l'elemento è determinato; quando è lui stesso chiamato a *creare* il criterio valutativo, è indeterminato<sup>400</sup>.

La misura di questa omogeneità sociale di comportamenti, che costituisce il criterio di riferimento, andrà verificata di volta in volta attraverso un'ardua concreta opera di rilevamento da parte del giudice delle reazioni comportamentali mostrate dalla compagine sociale di fronte alle singole situazioni di fatto. La ricerca del giudice deve cioè operare sul piano della morale sociale, non di quella astratta e assoluta; egli dovrà quindi porsi sul piano della vita pulsante della società e delle convinzioni operanti nella collettività in cui egli è inserito<sup>401</sup>. E

---

<sup>397</sup> Per la verità, l'approccio fondato sul criterio della maggioranza, sebbene proposto in termini diversi, non è estraneo nemmeno alla sensibilità della giurisprudenza costituzionale, che, nella sentenza n. 39 del 1965 in tema di reato di vilipendio alla religione cattolica, affermò che l'ampia e indiscriminata protezione della religione cattolica fosse giustificata dall'adesione maggioritaria alla religione cattolica espressa socialmente dalla collettività. Si legge così “*La maggiore ampiezza e intensità della tutela penale che l'ordinamento italiano assicura alla religione cattolica corrisponde (...) alla maggiore ampiezza e intensità che suscitano le offese ad essa, in quanto religione professata dalla maggior parte degli italiani. (...) il bene penalmente protetto è il sentimento religioso della maggioranza degli italiani.*”.

<sup>398</sup> PULITANÒ, *Il buon costume*, in AA.VV., *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, Bari, 1970. p. 167 e ss.. La contrapposizione ha radici corpose e viene citata anche con riferimento alla dottrina tedesca da ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 175: valutazione soggettiva e personale di chi applica il diritto contrapposta alla preesistente valutazione della generalità dei consociati o di uno strato sociale autorevole.

<sup>399</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 190 e 280; PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 437; RUGGIERO, *Gli elementi normativi*, cit., p. 181 offre un interessantissimo excursus delle teorie sulla natura del “valore” nella filosofia tedesca.

<sup>400</sup> GRASSO, *Il principio “nullum crimen sine lege” nella Costituzione italiana*, cit., p. 113.

<sup>401</sup> RUGGIERO, *Gli elementi normativi*, cit., p. 180.



così, per poter stabilire che un oggetto – i.e. situazione di fatto – esprima un determinato valore, i comportamenti reattivi di fronte ad esso debbono almeno rappresentare la maggioranza nella comunità di riferimento<sup>402</sup>. In tale operazione, *“la sua personale valutazione del fatto è soltanto un membro dell’insieme di più valutazioni di ugual valore, con le quali egli deve confrontare la propria ed eventualmente rivederla. La propria valutazione è quindi soltanto una parte costitutiva del materiale di conoscenza, non criterio di conoscenza definitivo.”*<sup>403</sup>

All’opposto, alla stregua della teoria del criterio deontologico<sup>404</sup>, il riferimento del giudice non dovrebbe essere la morale concreta, ma una presunta morale assoluta. Secondo questa teoria, mossa da un intento moralizzatore e di contrasto alla “degenerazione dei costumi” protagonista delle contestazioni degli anni ’60 e da una visione pedagogica del diritto penale, dovrebbe essere il giudice a decodificare il contenuto normativo dell’elemento valutativo, servendosi di quadri valutativi ideali e regole morali precostituite<sup>405</sup>. Il diritto penale – si sostiene - ha un intento pedagogico e propulsivo e, in quest’ottica, tali regole *“valgono indipendentemente dalla circostanza che coloro cui esse si rivolgono e da cui pretendono l’adempimento le seguano realmente e le riconoscano o meno; il loro contenuto non può mutare col cambiare delle concezioni sui criteri di valore”*<sup>406</sup>. Il giudice sarebbe quindi sempre in grado di rendere determinato l’elemento valutativo, che raramente si esporrebbe ad una censura di costituzionalità.

Pertanto, il dibattito tra criterio della maggioranza concreta e criterio deontologico sembra ripercorrere l’annosa questione sulla valenza dell’attività interpretativa del giudice posto di fronte a concetti a carattere indeterminato. Da

---

<sup>402</sup> BALOSSINI, *La rilevanza giuridica delle regole sociali*, cit., p. 316. Così anche PARESCE, *Morale e costume*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 21, nel delineare l’identità concettuale del “costume”, fa riferimento al comportamento di massa attuale: l’attualità non va concretizzata al momento di promulgazione della legge o posta in relazione all’ideologia morale dell’interprete, bensì parametrata a *“quello che la maggioranza pratica al momento del giudizio”*.

<sup>403</sup> ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 203.

<sup>404</sup> ALLEGRA, *Il comune sentimento del pudore*, in *Iustitia*, 1950, p. 77; JANNITTI, PIROMALLO, *Legge morale e pubblica moralità*, in *Iustitia*, 1950, p. 29; NUVOLONE, *Reati di stampa*, Milano, 1951, p. 82; VENDITTI, *La tutela penale del pudore e della pubblica decenza*, Milano, 1963, p. 22.

<sup>405</sup> RAMACCI, *Notazioni in margine alla questione di costituzionalità degli artt. 527-529 c.p.*, in *Studi dedicati a Raselli*, II, Milano, 1971, p. 1312; BALOSSINI, *La rilevanza giuridica delle regole sociali*, cit., p. 101; RUGGIERO, *Gli elementi normativi*, cit., p. 179.

<sup>406</sup> ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 201.

un lato, si staglia la tesi di quanti<sup>407</sup> ritengono che il giudice nell'operare giudizi valutativi debba ricercare un unico significato uniforme in base alla considerazione di parametri e nozioni sociali ed empiriche; dall'altro, quella di quanti<sup>408</sup> affermano che invece il giudice integri la norma indeterminata con un proprio potere equitativo e dispositivo, connotato da un portato assolutamente personale.

Ora, sul piano teorico, pur non nascondendo delle ineliminabili riserve<sup>409</sup>, il criterio della maggioranza concreta sembra da preferirsi all'opposto criterio deontologico.

Il criterio deontologico, infatti, affidando, in pratica senza controllo, l'individuazione dei precostituiti quadri valutativi ideali alla valutazione del giudice, finisce per abbandonarsi ad una signoria della soggettività dell'interprete, cui sarà affidato il compito di ricostruirli in concreto. A dispetto dell'oggettività e dell'assolutezza del criterio che pretende di proporre, questa teoria assottiglia sensibilmente il limite tra valutatività e discrezionalità.

E' tuttavia evidente che, sul piano pratico, la rilevabilità del criterio maggioritario appare quasi del tutto impraticabile<sup>410</sup>, poiché pochissime saranno le ipotesi in cui la visione del giudice, il quale non è soggetto neutro, bensì portatore di valori propri, sia in grado di cogliere con un grado di sufficiente certezza e

---

<sup>407</sup> DONATI, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, p. 195; MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio di primo grado*, Milano, 1964.

<sup>408</sup> ANTOLISEI, *Il giudice penale e la legge*, Padova, 1940, p. 52; CAJANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, cit., p. 39.

<sup>409</sup> Le riserve sono legate alla dubbia correttezza dell'applicazione del criterio della maggioranza alle questioni morali, per cui TAPARELLI D'AZEGLIO, *La libertà tirannia*, Piacenza, 1960, p. 34; MINGUZZI, *Il limite delle attività avverse alla costituzione*, Milano, 1899, p. 36-39. D'altra parte, la discutibilità del dogma della maggioranza e del binomio maggioranza-verità/correttezza ha mostrato la sua drastica evidenza con riferimento al delitto politico: fino al secolo scorso, si riteneva corretto incriminare l'azione della minoranza che si opponesse all'eversione violenta dell'ordinamento politico, se questa fosse propugnata dalla maggioranza. Sul punto, FLORIAN, *Dei delitti contro la sicurezza dello Stato*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di Zerboglio-Florian, vol. II, parte I, Milano, 1923, p. 64.

<sup>410</sup> VENDITTI, *La tutela penale del pudore*, cit., p. 17 correttamente ritiene che, per rendere valida e operativa tale tesi, bisognerebbe utilizzare i criteri della scienza statistica in modo tale da rilevare nel concreto le preferenze espresse dalla maggioranza. Tale metodo statistico non è invece mai stato proposto, per evidentissime ragioni di carattere pratico. Vero è che l'Autore critica il modello della maggioranza, per valorizzare quello deontologico, mosso dall'indignazione per il generico abbassamento del livello di morale tutelato dall'ordinamento, laddove chi scrive lo critica con una finalità opposta. Basti pensare che l'Autore ritiene l'omosessualità manifestazione di oscenità penalmente rilevante! Resta però un dato comune ai due punti di vista: la profonda discutibilità pratica del criterio della maggioranza.

rilevare con grado di adeguata imparzialità l'esistenza di una tale maggioranza. Chiaramente, sotto questo aspetto, va apprezzata la riflessione di attenta dottrina<sup>411</sup>, la quale propone di applicare indagini e perizie sociologiche e antropologiche per addivenire a un sicuro accertamento delle regole sociali in sede giurisdizionale. Ma è lo stesso Autore ad osservare che, pur con questi accorgimenti, l'apprezzamento personale e individuale del giudice sarebbe una cifra ineliminabile del giudizio di valore. E tale cifra ineliminabile contamina irrimediabilmente il giudizio, sovrapponendo il momento della ricognizione del fatto concreto (giudizio di fatto) e il momento della sussunzione nella fattispecie astratta (giudizio di diritto)<sup>412</sup>.

Il criterio della maggioranza, nella pratica, diventa un metodo di rilevazione "a occhio" in cui prevale, filtrato dalla personale sensibilità dell'interprete, il messaggio veicolato dai mezzi di comunicazione di massa: la televisione – e chi la possiede, riuscendo così ad amplificare ancor di più le proporzioni del suo controllo culturale – e internet – un mezzo, senza testa né corpo, voce di tutti e di nessuno, che oggi sfugge totalmente ad ogni possibilità di analisi statistica delle opinioni della totalità degli utenti.

Il criterio della maggioranza potrebbe essere quindi al più utilizzato in una portata fortemente limitata. E cioè, non quale criterio metodologico per stabilire se un elemento valutativo sia o meno determinato; bensì, chiarito che tutti gli elementi a carattere valutativo hanno in sé un'ineliminabile cifra di indeterminatezza, quale strumento di "limitazione dei danni" derivanti dall'indeterminatezza insita nell'elemento valutativo. E così, il giudice potrà ritenere incluse nell'elemento valutativo solo quelle situazioni di fatto che, in quanto investite di un'evidente uniformità di reazioni comportamentali prossime all'unanimità<sup>413</sup>, rientrano nel suo nucleo centrale<sup>414</sup> – per mutuare un lessico che abbiamo utilizzato negli elementi descrittivi -.

---

<sup>411</sup> BALOSSINI, *La rilevanza giuridica delle regole sociali*, cit., p. 486-488.

<sup>412</sup> MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 182 arriva a qualificare gli elementi valutativi come meramente discrezionali.

<sup>413</sup> In questo, la nostra opinione diverge da quella di PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 442.

<sup>414</sup> Si pensi all'integrale denudamento di un uomo all'interno di un parco per bambini, che rientrerà di sicuro nel nucleo centrale del concetto di osceno; ovvero, viceversa, alle effusioni particolarmente accese di una giovane coppia, che, rientrando nell'alone marginale del concetto di osceno, non dovrebbero essere ricomprese.

Non sembra quindi di ritornare ad estremismi anacronistici quando si sostiene che “*per principio, interprete del pensiero, del sentimento e dell’interesse generale è e deve essere il legislatore*”<sup>415</sup>. Affidare al giudice il compito di rilevare il comune sentimento morale diffuso nella società e, sulla base di una rilevazione statistica, farne un oggettivo parametro valutativo da porre a base delle sue decisioni è non solo impraticabile, ma politicamente scorretto. E la crisi della legalità e degli organi legislativi non può rappresentare un alibi per legittimare un’autentica invasione di campo incostituzionale<sup>416</sup>. Ciò significherebbe accavallare due fenomeni patologici.

Peraltro, va tenuto in considerazione un altro aspetto.

Prendere come riferimento, nella redazione della fattispecie, i principi della morale e dell’etica<sup>417</sup>, per consentire una forma di funzione propulsiva al diritto<sup>418</sup> e garantire un’istanza conservatrice di dettami che la morale collettiva ha già accolto e sedimentato, non è in sé contrario al principio di legalità. E anzi, tale problematica appartiene a quei punti di contatto tra morale e diritto che persino la rigida impostazione illuministica non trascurava affatto. Peraltro, basta enumerare fattispecie fondanti di ogni sistema penalistico (es. omicidio, furto) per verificarne una piena coincidenza con i dettami della morale diffusa<sup>419</sup>. Quindi, in linea teorica e a patto di rispettare la valenza di *extrema ratio* del diritto penale<sup>420</sup>, la necessità di introdurre nell’area di rilevanza penale il c.d. minimo etico<sup>421</sup> non è ignorata e rigettata da chi scrive<sup>422</sup>.

Tuttavia, il modo con cui la morale transita al diritto deve per necessità essere dotato di estrema rigidità: un conto è redigere fattispecie che traducono

---

<sup>415</sup> GRASSO, *Il principio “nullum crimen sine lege” nella Costituzione italiana*, cit., p. 117.

<sup>416</sup> BARCELLONA, *Brevi note sulla crisi della legge*, in *Responsabilità e dialogo*, 1969, n. 1, p. 99.

<sup>417</sup> Il tema delle influenze e dei rapporti tra morale e diritto è talmente complesso e fondante nella filosofia del diritto che va da Kant a Fichte, a Jhering, a Feuerbach, a Hegel che non possiamo che limitarci ad accennarlo. Si rinvia sul tema alla corposa bibliografia citata dal BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963, p. 156 e ss..

<sup>418</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 184; NUVOLONE, *Reati di stampa*, cit., p. 82; VENDITTI, *La tutela penale del pudore*, cit. p. 18.

<sup>419</sup> ROMANO, *Diritto e morale*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, p. 74.

<sup>420</sup> Valenza che impone di limitare fortemente l’intervento penale, come sottolinea MOCCIA, *La promessa*, cit., p. 111.

<sup>421</sup> CHAUVÉAU e HELIE, *Teorica del codice penale*, Napoli, 1863, Trad. it., III, p. 225.

<sup>422</sup> Si devono tuttavia ovviamente rigettare categoricamente i modelli di ricerca e indagine sulle capacità dell’uomo medio, o “normale” (ammesso che qualcuno sia in grado oggi di apprezzarne davvero la portata), o sano, o buono, o retto propugnate da certa dottrina vetusta. Si veda VENDITTI, *La tutela penale del pudore e della decenza*, Milano, 1962, p. 27.

istanze consonanti con la morale diffusa, un altro è assumere la morale come elemento *ex se* rilevante per il reato. In questo ultimo caso, si ha un rinvio legislativo a categorie extragiuridiche, a carattere morale, che si traduce, nel diritto penale, in una rinuncia alla redazione della fattispecie per tipi, e quindi alla tassatività, e in un'abdicazione in favore dell'incriminazione di fatti genericamente contrari ai "principi generali dell'ordinamento generale dello Stato"<sup>423</sup> (art. 14 preleggi). Ma, come è noto, il riferimento interpretativo a questi principi, sempre in via sussidiaria, è consentito solo in rami del diritto diversi da quello penale.

E allora, un determinato contegno, giudicato nella coscienza sociale, secondo un giudizio confermato nel tempo, come contrario ai principi della morale e ai dettami della convivenza civile, piuttosto che essere veicolato nell'incriminazione attraverso una generica valutazione di un giudice-antropologo, tutto teso alla rilevazione - che, per vero a lui non compete - di istanze sociali rappresentanti una fantomatica misteriosa maggioranza<sup>424</sup>, deve entrare nell'area del penalmente illecito attraverso la ponderazione specifica e tassativa dell'organo rappresentativo, che quella maggioranza per definizione esprime. Se il contegno è davvero socialmente sedimentato, la sua considerazione in termini di esposizione al danno o di messa in pericolo di un bene giuridico come la morale pubblica, sarà ben possibile per l'organo rappresentativo. Non si tratta, è chiaro, di operazione agevole per il Parlamento<sup>425</sup>, soprattutto in un momento storico critico come quello attuale, ma ciò non può minimizzarne la doverosità. Per di più, come abbiamo già detto, più rarefatto è il bene giuridico – in tal caso, la morale pubblica – più la sua tutela penale deve categoricamente attuarsi attraverso una rigidità della fattispecie, che dovrà essere in grado di compensarne l'inafferrabilità.

---

<sup>423</sup> CAJANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, cit., p. 262; ROMANO, *Diritto e morale*, cit., p. 75.

<sup>424</sup> Incisivo il GRASSO, *Il principio "nullum crimen sine lege" nella Costituzione italiana*, cit., p. 127, secondo il quale il criterio del consenso della maggioranza "può e di solito deve trovare espressione giuridica precisa nelle fattispecie tassative, e non essere lasciato nell'incerto, quasi fosse un mistero da indovinare per congetture dei magistrati, od un fatto ignoto da scoprire con indagini scientifiche."

<sup>425</sup> E ciò è ampiamente dimostrato in CHAUVEAU e HELIE, *Teorica del codice penale*, cit., p. 221.

Per di più, la redazione di fattispecie frammentarie e determinate adempie ad un'eventuale funzione propulsiva e conservatrice, in modo più soddisfacente che una formulazione generica e imprecisa, dal momento che quest'ultima si presta potenzialmente all'accesso di istanze riformiste – avanzate dal singolo magistrato – disallineate dal contesto sociale e - cosa ben più grave - prive della rappresentatività di cui gode il legislativo.

Di fronte a questa possibilità di tutela costituzionalmente legittima di beni giuridici come quello della pubblica morale, della morale familiare, del decoro, la difesa a spada tratta della dottrina nei confronti degli elementi valutativi, come veicolo di concretezza e giustizia sostanziale<sup>426</sup>, risulta inaccettabile.

E non è un caso che coloro i quali<sup>427</sup>, già in epoca risalente, hanno difeso gli elementi elastici e indeterminati, ritenendoli un portato inevitabile del diritto penale - inteso come diritto che parla alle genti, con il linguaggio comune, fisiologicamente indeterminato - abbiano in qualche modo dovuto elaborare dei nuovi criteri applicativi delle disposizioni penali, estremamente lontani dall'insegnamento illuminista. Hanno dovuto, in altre parole, sdoganare quei rigorosi limiti al giudizio, che esprimevano l'idea di un'interpretazione logica basata su meccanismi deduttivi, per accogliere la ben diversa idea, costituzionalmente discutibile, di una giurisprudenza autenticamente creativa.

Analizzata l'ineliminabile cifra di indeterminatezza che gli elementi valutativi portano con sé, è interessante comprendere le ragioni per le quali il legislatore, ben consapevole della loro natura e della loro idoneità ad essere individuati attraverso un mero giudizio di valore che sarà – per forza di cose – affidato interamente all'interprete giudiziario, ciononostante decida di servirsi di tali elementi per la redazione della fattispecie penale.

---

<sup>426</sup> L'utilizzo dei concetti indeterminati risponderebbe all'"*esigenza di regolamentazioni penali flessibili, esigenza corretta e sorretta dall'altra, di una giustizia la più accurata possibile nei confronti dell'agente e del soggetto passivo.*". Espressione del NAUCKE, *Über Gneralklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Tübingen, 1973, p. 3, riportato dal ROMANO, "*Repressione della condotta antisindacale*", cit., p. 181.

<sup>427</sup> BETTI, *Interpretazione*, cit., p. 59; CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV sezione e l'apprezzamento di fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, III, p. 275-278; PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, IV, p. 46.

L'accettazione di questo rischio di indeterminatezza è controbilanciato, a parere di autorevole dottrina<sup>428</sup>, da un triplice ordine di ragioni: semplificazione normativa, possibilità di adeguamento continuo alla realtà sociale<sup>429</sup> e resistenza di alcuni fatti alla tecnica redazionale descrittiva. Analizziamole con ordine.

*In primis*, il legislatore con gli elementi valutativi si limita ad indicare all'interprete un generico *criterio di valore* che l'interprete stesso utilizzerà poi per l'identificazione dei fatti riconducibili a quell'elemento. Chiaramente, dietro l'elemento valutativo il legislatore avrà in mente una serie di fatti tipici riconducibili a quell'elemento, che tuttavia non vengono descritti legislativamente proprio per evitare fenomeni di elefantiasi legislativa<sup>430</sup>.

D'altra parte, se ciò è in teoria vero, va considerato che il rischio di elefantiasi legislativa potrebbe - e dovrebbe - essere evitato non inserendo nella fattispecie elementi valutativi che affidano all'interprete l'esito ultimo del giudizio di valore, a tutti gli effetti imprevedibile, bensì attraverso la valorizzazione della funzione di *extrema ratio* che deve esplicitare il diritto penale.

Dire che il generico criterio di valore nasconda dietro di sé la mastodontica ombra di un patrimonio casistico incalcolabile, pur volendo ammettere – ma non lo riteniamo - che tale ombra abbia contorni definiti, non protegge dal rilevante rischio di violare la funzione di *extrema ratio*.

Il criterio di valore è, negli elementi valutativi, legato a istanze morali, etiche, sociali che possono transitare sì al diritto ma solo attraverso il filtro dell'*extrema ratio*. Non ogni riprovevolezza morale, etica, sociale può transitare all'area del penalmente rilevante, bensì solo quella che turbi irrimediabilmente la convivenza sociale. E questa valutazione non può che spettare all'organo parlamentare, che, rappresentando politicamente le istanze di maggioranza e rispettando le regole democratiche, incluse le logiche di coinvolgimento della maggioranza nei processi decisionali, è investito del compito di tradurre la riprovevolezza morale, etica, sociale in fattispecie di danno o pericolo (sebbene, rispetto alle fattispecie di pericolo, sia contestabile che, per beni giuridici quali ad

---

<sup>428</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 427.

<sup>429</sup> PULITANO, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., p. 224-226.

<sup>430</sup> NUVOLONE, *I limiti taciti*, cit., p. 43 afferma che “Per esigenze pratiche evidenti (la legge) si serve, invece, di formule comprensive, non sempre limpide e di facile interpretazione; ma ciò non toglie che queste formule possano risolversi nelle fattispecie corrispondenti.”.

es. la morale pubblica, si possa utilizzare un criterio di anticipazione di tutela) per beni giuridici costituzionalmente rilevanti. Tali fattispecie devono essere numericamente contenute, in aderenza al principio di *extrema ratio*, e precisamente determinate, in aderenza al principio di frammentarietà e determinatezza.

*In secundis*, l'utilizzo di un formula generica consente all'interprete una geometria variabile sui contorni del concetto definito, che arriverà ad abbracciare di volta in volta i nuovi fenomeni sociali che, secondo il suo giudizio di valore, saranno riconducibili a quell'elemento<sup>431</sup>. Tale aspetto merita approfondimento.

Abbiamo già in precedenza rilevato che la norma morale, che si pone a fondamento del criterio valoriale dell'elemento valutativo, non è definita *a priori* ma riscontrabile *a posteriori*, attraverso l'analisi concreta della resistenza manifestata dai consociati rispetto a determinati comportamenti. Inoltre, è soggetta a "una formazione progressiva" nel senso che la sua identità nel tempo è un aspetto estremamente mobile e influenzato dalle condizioni storiche: di fronte a uno stesso comportamento, la reazione di resistenza sociale cambia velocemente nel tempo; e con essa, la regola morale. La plasticità della regola morale è quindi molto più consistente di quella della regola giuridica.

Questa duplice caratteristica di riscontrabilità *a posteriori* e plasticità della norma morale renderebbe necessario, nell'opinione di alcuna dottrina<sup>432</sup>, evitare la decodificazione precostituita della norma morale, attraverso il transito di fattispecie determinate dall'area del moralmente deprecabile all'area del penalmente rilevante; e, piuttosto, affidare alla malleabile e concreta valutazione del giudice l'esito del giudizio, in termini rilevanza della fattispecie. Ciò, anche perché codificare particolari ipotesi di reato contrastanti con valori morali invertirebbe il processo di formazione delle regole della morale, che prevede una

---

<sup>431</sup> Questo aspetto è brillantemente espresso nelle parole del RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 1285 "La loro introduzione (n.d.r.: degli elementi elastici) nell'ordinamento e la loro concreta determinazione indipendentemente da una esplicita e rinnovata previsione legislativa, risponde alla necessità di ridurre, a mezzo di parametri variabili, la tensione che naturalmente si produce tra realtà giuridica e realtà sociale."

<sup>432</sup> BETTI, *Interpretazione*, cit., p. 211.



stratificazione di comportamenti e reazioni dal basso e non una ragionata imposizione di valori dall'alto<sup>433</sup>.

I rilievi non sono in teoria scorretti, ma minimizzano in modo imperdonabile un aspetto: affidare la decodificazione dell'elemento valutativo al giudizio di valore dell'interprete rispetta la plasticità e rilevabilità *a posteriori* della regola morale ma lascia totalmente nell'incertezza il rispetto della reale identità della regola stessa.

Introdurre l'elemento valutativo vuol dire affidarsi alla valutazione del singolo giudice, il quale - pur volendo tralasciare l'estraneità istituzionale a tale compito - in un'ipotesi fisiologica, semplicemente non ha gli strumenti di analisi sociale per tradurre le istanze collettive in regole concrete di evidenziazione della morale pubblica; ma, in un'ipotesi patologica, può anzi, attraverso l'elemento valutativo, "sfigurare" con la sua impronta politico - culturale l'elemento valutativo, sconfessandone l'identità per mero tornaconto personale.

Anche questo aspetto, pertanto non si mostra convincente.

Infine - si sostiene - non va sottaciuto che spesse volte l'utilizzo dell'elemento valutativo si impone quasi come scelta "obbligata" al legislatore, il quale non è in grado di reperire nel patrimonio linguistico un elemento descrittivo in grado abbracciare *in toto* il significato valutativo che egli stesso vuole esprimere. La resistenza di alcuni fatti ad essere espressi tramite l'utilizzo di elementi descrittivi sta, in questi casi, nella complessità emotiva del significato valutativo<sup>434</sup> o nella "giovinezza" dello stesso, che non ha avuto ancora tempo di radicarsi con chiarezza e stabilità nel tessuto sociale<sup>435</sup>.

Nei casi predetti, emerge un'infungibilità dell'elemento valutativo, per rinunciare al quale l'unica strada sembrerebbe quella di rinunciare *tout court* alla protezione del bene giuridico finale.

Ebbene, come abbiamo detto altrove, l'utilizzo dell'elemento valutativo indeterminato è posto di regola a tutela di un bene giuridico a sua volta

---

<sup>433</sup> BALOSSINI, *La rilevanza giuridica delle regole sociali*, cit., p. 65.

<sup>434</sup> Si pensi a significati valutativi etici come l'osceno, la morale, la dignità, il pudore.

<sup>435</sup> Si pensi alla nuovissima concezione del valore della "privacy" imposta dalle dinamiche cibernetiche e dall'utilizzo massiccio dei social network nella società moderna; o al diritto penale a tutela del "patrimonio artistico" per cui si rinvia a PALAZZO, *La nozione di cosa d'arte in rapporto al principio di determinatezza della fattispecie penale*, in *La tutela penale del patrimonio artistico*, Milano, 1977, p. 232.

inafferrabile o non sufficientemente definito nelle dinamiche sociali, o addirittura parzialmente oscuro perfino alle intenzioni del legislatore. E allora, tale stato di cose dovrebbe spingere a riflettere sull'effettiva idoneità di un tale bene giuridico ad essere tutelato con lo strumento penale. O, almeno, ove si voglia tutelare penalmente tale inafferrabile bene giuridico, ciò sarà consentito alla rigida condizione di tradurre tale esigenza in circoscritte e determinate fattispecie giuridiche che meglio si prestano anche a tutelare i diritti che il legislatore ha in mente<sup>436</sup>.

In altre parole, non è estraneo all'utilizzo degli elementi valutativi una spinta del legislatore verso la tutela a tutto campo di beni giuridici che a lui per primo non appaiono determinati, attento com'è, da un lato, a creare un compromesso tra le forze politiche, e, dall'altro, a portare avanti una vera e propria strategia di *marketing* che faccia presa emotiva sull'opinione pubblica. A questo scopo, è funzionale l'utilizzo di termini valutativi a forte carica emotiva, che richiedono una massiccia mediazione dell'attività giudiziaria, sulla quale il legislatore scarica di fatto la responsabilità delle scelte repressive. Conviene chiedersi se una tale categoria di beni giuridici non richieda, prima ancora che una tutela, una vera e propria definizione di contenuto.

Per concludere, l'utilizzo degli elementi valutativi sembra porsi in particolare consonanza con un intento vagamente eticizzante dello Stato che si erge a difensore di valori latamente espressi in una parte della compagine sociale. Così si spiegano i continui riferimenti al sentimento morale, all'ordine familiare.

In definitiva, ci sembra di poter radicalizzare l'opinione di attenta dottrina<sup>437</sup> la quale ritiene indeterminati gli elementi valutativi in senso stretto, almeno che il loro segno linguistico riesca a connotare il parametro valutativo e quest'ultimo sia in grado di esprimere univocamente la regola del caso concreto:

---

<sup>436</sup> A tal proposito, non può non citarsi BETTIOL, *Aspetti politici del diritto penale contemporaneo*, Palermo, 1953, p. 649, il quale rileva come la fattispecie di cui all'art. 294 c.p., nel raccogliere sotto un unico elemento valutativo – contrarietà ai diritti politici – un incontrollabile numero di fattispecie concrete, appare inadeguata e contraria all'impostazione costituzionale la quale esigerebbe che la protezione dei diritti politici avvenisse secondo una selezionata rosa di disposizioni penali specifiche atte a colpire le diverse azioni di offesa e disturbo al pacifico e ordinato esercizio dei diritti politici.

<sup>437</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit. p. 188.

gli elementi valutativi in senso stretto sono, a mio avviso, per definizione indeterminati.

Peraltro, va preso atto dell'accresciuta sensibilità, manifestatasi in tempi recenti, verso il tema della determinatezza degli elementi valutativi. Tale maggiore sensibilità si può agevolmente comprendere ponendo in evidenza che la problematica dell'indeterminatezza si esponentzializza nei periodi di instabilità sociale, di transizione e di conflitto politico, in cui reperire un'uniformità o finanche una maggioranza di vedute sui criteri valoriali nel tessuto sociale diventa operazione praticamente impraticabile<sup>438</sup>. In tali contesti, gli elementi indeterminati ed elastici diventano così strumenti di veicolazione ideologica di pulsioni politiche da parte della magistratura.

In particolare, venendo alle opinioni della dottrina relativamente recente, vi è chi<sup>439</sup> li qualifica come elementi tendenzialmente indeterminati, quando non rinviino a norme a carattere tecnico<sup>440</sup>, ma allo stesso tempo ne riconosce la natura di organi respiratori<sup>441</sup> dell'ordinamento, attraverso i quali il giudice può veicolare gli elementi culturali di cui è portatore l'autore del reato, soprattutto quando quest'ultimo sia appartenente ad una diversa etnia. In tal modo, gli elementi valutativi sono collegati al problematico tema dei c.d. reati culturalmente orientati. Vi è invece chi<sup>442</sup> ammette l'utilizzo di elementi valutativi a una duplice condizione: 1) che non sia altrimenti possibile descrivere una certa situazione di fatto, che pur risulti meritevole di pena<sup>443</sup>; 2) che sia rispettato il principio del diritto penale quale *extrema ratio*, e non sia quindi tutelabile quel bene giuridico con strumenti diversi dalla sanzione penale<sup>444</sup>.

---

<sup>438</sup> GRASSO, *Il principio "nullum crimen sine lege" nella Costituzione italiana*, cit., p. 143; DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959, p. 47.

<sup>439</sup> MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 61.

<sup>440</sup> Come sarebbe invece il rinvio alle regole dell'*ars medica*.

<sup>441</sup> In realtà tale qualifica era già stata attribuita dal CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, vol. I, Padova, 1930, p. 34.

<sup>442</sup> PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012, X ed., p. 31.

<sup>443</sup> E l'Autore ritiene non soddisfi questa condizione la fattispecie di "rissa".

<sup>444</sup> ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, in Aa. Vv., *Introduzione al sistema penale*, p. 151.

#### 4. Le c.d. fattispecie aperte: la controversa terminologia degli elementi vaghi, indeterminati ed elastici

Compiuta l'analisi degli elementi normativi ed enucleata al loro interno la categoria degli elementi valutativi in senso stretto, contrassegnati dalla loro percepibilità attraverso un giudizio di valore che conserva in sé un'ineliminabile cifra di indeterminatezza, va tenuto conto di un ampio dibattito, sia dottrinale che giurisprudenziale, sui rapporti tra gli elementi normativi e le c.d. fattispecie aperte.

In effetti le due categorie sono eterogenee e, sebbene presentino profili di sovrapposizione, prendono in considerazione parametri parzialmente diversi<sup>445</sup>; mentre gli elementi normativi<sup>446</sup> si contraddistinguono per la loro percepibilità attraverso un procedimento applicativo di secondo grado che si serve di una norma intermedia; le fattispecie aperte<sup>447</sup> si contrassegnano per la presenza di aspetti scarsamente definiti per la cui specificazione è necessaria l'intermediazione dell'interprete.

La categoria delle fattispecie aperte risulta caratterizzata da estrema eterogeneità<sup>448</sup>. All'interno di essa si fanno generalmente rientrare gli elementi indeterminati o vaghi e gli elementi elastici. E', in altre parole, una categoria trasversale in cui possono rientrare sia elementi descrittivi che elementi normativi.

La dottrina, soprattutto risalente, si è occupata della loro categorizzazione e dei reciproci rapporti tra elementi indeterminati ed elastici, senza tuttavia addivenire ad unanimità di vedute, anche con riferimento al loro rapporto con gli

---

<sup>445</sup> PAGLIARO, *Legge penale*, cit., p. 1046.

<sup>446</sup> Va tenuto conto del fatto che gli elementi normativi, essendo stati per lo più affrontati con riferimento alla questione dell'errore di fatto e di diritto e alla rilevanza e collocazione dell'errore, appunto, sull'elemento normativo, non costituiscono una categoria terminologica sempre utilizzata con riferimento al tema della determinatezza.

<sup>447</sup> RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., p. 225-249. La categoria delle fattispecie aperte riprende i c.d. *offene Tatbestände* di derivazione tedesca: vari tipi di previsioni normative caratterizzate dalla il giudice, per cui ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflicht merkmale*, 2, Aufl., 1970. Secondo l'Autore, gli elementi normativi sarebbero un *species* delle fattispecie aperte, in cui l'interprete, per la specificazione dell'elemento, procede con criteri desumibili da una norma diversa.

<sup>448</sup> GRASSO, *Il principio "nullum crimen sine lege" nella Costituzione italiana*, cit., p. 104.

elementi normativi. Si è così correttamente affermato che “*intorno agli elementi vaghi della fattispecie è controverso tutto, persino la terminologia*”<sup>449</sup>.

Basti pensare, per attenerci alla dottrina tradizionale, che il Messina<sup>450</sup> individua, contrapposta alla categoria degli elementi tassativi, la categoria degli elementi elastici – i quali, nell’opinione dell’Autore, sarebbero peraltro caratterizzati da discrezionalità vincolata allo scopo della norma -, in cui sarebbero ricompresi elementi normativi, concetti di valore (i.e. valutativi in senso stretto) e concetti vaghi (i.e. descrittivi indeterminati).

Il Bricola, a sua volta, invece distingue gli elementi elastici dagli elementi indeterminati, i quali si caratterizzerebbero per il fatto che “*pur essendo destinati ad esprimere, nelle intenzioni del legislatore, una determinata realtà, ossia una certa significazione astratta, non riescono a distendersi, una volta tradotti sul piano della Tatbestand legale, in una compita e analitica descrizione*.”<sup>451</sup>.

Il Ruggiero<sup>452</sup>, invece, individua un *genus* concetti elastici di cui gli elementi indeterminati sarebbero una *species*. Gli elementi normativi invece non rientrerebbero nei concetti elastici.

Il Pagliaro<sup>453</sup> distingue nettamente gli elementi vaghi dagli elementi normativi: i primi, rinviando a modi di pensare e di esprimersi dell’uso comune, si caratterizzano per la presenza di un confine semantico labile, tale per cui al loro interno si collocherebbe una zona grigia di significato in cui è difficile stabilire se un fatto concreto rientri o meno all’interno del confine definitorio del concetto; gli elementi normativi invece si caratterizzano per la loro definizione attraverso il rinvio ad una valutazione posta da una norma diversa<sup>454</sup>.

La dottrina tedesca<sup>455</sup>, nel distinguere elementi determinati e indeterminati, caratterizza i secondi per la presenza di due confini definitivi, l’uno di certezza

---

<sup>449</sup> PAGLIARO, *Legge penale*, cit., p. 1046, nt. 21.

<sup>450</sup> MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 178.

<sup>451</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 160. 169, nota 246 e p. 34, note 95 e 96.

<sup>452</sup> RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., p. 227.

<sup>453</sup> PAGLIARO, *Legge penale*, cit., p. 1046.

<sup>454</sup> Tra gli elementi vaghi, cita gli art. 588, 62, n. 3 e 640 c.p.; tra gli elementi normativi l’art. 624 e l’art. 575 c.p..

<sup>455</sup> JELLINEK, *Gesetzesanwendung und Zweckmassigkeitserwagung*, 1913 citato dal GRASSO, *Il principio “nullum crimen sine lege” nella Costituzione italiana*, cit., p. 157 e dal RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., p. 227 il quale tuttavia contesta la teoria sostenendo che il concetto indeterminato abbia sempre un unico confine, ma veda in sé un nucleo centrale, caratterizzato da determinatezza e un alone marginale caratterizzato da indeterminatezza.

positiva l'altro di certezza negativa (circa l'inclusione del caso concreto nell'elemento), all'interno dei quali si staglierebbe una zona grigia. In essa, l'interprete non sarebbe in grado di procedere con certezza e automaticità all'inclusione o esclusione dei casi concreti<sup>456</sup>. L'esempio che adduce l'Autore tedesco è quello del concetto di “*orde di zingari*”, oggetto di un divieto di riunione penalmente rilevante: è orda la riunione di cinquanta persone; non lo è la presenza di un unico soggetto; ma non è chiaro quale sia il numero minimo di persone necessario per costituire un'orda. Altra dottrina tedesca<sup>457</sup> completa la definizione, sostenendo che in tali elementi l'attività di concretizzazione sarebbe quindi interamente affidata al giudice.

Nell'elemento indeterminato, sebbene il significato sia il più delle volte chiaro nella *voluntas legislatoris*, il significante appare oscuro e non dirimente sul piano semantico<sup>458</sup>. L'attività del giudice avrebbe pertanto lo scopo di decodificare l'espressione sintetica del legislatore concretizzando la sfera del significante.

Sebbene in tali casi l'attività del giudice possa a mio avviso travalicare i limiti dell'interpretazione costituzionalmente consentita, alcuna dottrina nostrana<sup>459</sup> sostiene l'ammissibilità degli elementi vaghi, rilevando che “*la precisione descrittiva che conta per il diritto non è quella propria delle scienze naturali. (...) L'indeterminatezza naturalistica che contrassegna gli elementi vaghi non contrasta dunque con il principio di legalità, ma ne costituisce piuttosto la naturale espressione. Il significato umano e sociale (...) vi è perfettamente determinato. (...) né il giudice decide ad arbitrio perché è legato al significato del termine nell'uso comune.*”. L'Autore peraltro ritiene costituzionalmente legittimi anche tutti gli elementi valutativi in senso stretto, svuotando di contenuto il principio di determinatezza. L'unico ambito in cui

---

<sup>456</sup> Così anche BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 161, il quale cita l'esempio della “*forte velocità*”; e MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 237 che cita quali esempi l'ubriachezza, l'infermità di mente, l'ubriachezza abituale, ma anche i giudizi di misura come la gravità, la tenuità, la proporzione. In tali casi, secondo l'Autore solo lo scopo della norma può orientare un'attività autenticamente discrezionale.

<sup>457</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 34, nota 96. Il RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., p. 228, ritiene che le teorie si contrappongano; a me sembrano invece completarsi dommaticamente.

<sup>458</sup> BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 159.

<sup>459</sup> PAGLIARO, *Legge penale*, cit., p. 1047.

dovrebbe operare la scure dell'incostituzionalità per indeterminatezza è quello della previsione della pericolosità sociale quale presupposto delle misure di sicurezza.

In ogni caso, secondo un ordine di indeterminatezza crescente, possiamo categorizzare in questo modo le fattispecie aperte, che si caratterizzano per la generica cifra di indeterminatezza che comunicano alla norma cui partecipano: (i) le norme indeterminate o vaghe, munite di elementi descrittivi naturali e criteri tecnico scientifici; (ii) le norme indeterminate o vaghe, munite di elementi valutativi in senso stretto; e (iii) le clausole generali<sup>460</sup>. Di queste ultime, ci occuperemo di seguito.

### *5. Le tecniche redazionali*

Enucleati gli elementi strutturali della fattispecie e delineatene le differenze in termini di conciliabilità con il principio di determinatezza, l'analisi delle diverse tecniche di redazione della fattispecie incriminatrice risulta piuttosto agevole, anche con riferimento alle considerazioni critiche che verranno operate.

Tradizionalmente, si contrappone la tecnica casistica alla tecnica sintetica.

Con la prima, ci si riferisce ad una particolare modalità di formulazione della fattispecie che privilegia la descrizione analitica di singoli gruppi di casi concreti nella loro specifica particolarità.

Con la seconda, si intende fare riferimento alla normazione per principi, che costruisce fattispecie estremamente asciutte, in cui la considerazione del caso concreto lascia spazio a una strutturazione fortemente generale e astratta. Una degenerazione della normazione sintetica è rappresentata dall'utilizzo delle clausole generali.

La clausola generale è uno strumento duttile nelle mani dell'interprete, il quale, attraverso di essa, può far transitare nell'area del penalmente rilevante una serie di casi concreti secondo un criterio lasciato variamente alla sua valutazione. La caratteristica comune delle clausole generali, che costituiscono un vero e

---

<sup>460</sup> GRASSO, *Il principio "nullum crimen sine lege" nella Costituzione italiana*, cit., p. 106.

proprio rinvio legislativo all'interprete con finalità di disambiguazione<sup>461</sup>, è appunto la generalità, che consente di assimilare, quanto a conseguenza giuridica, un numero indeterminato di casi concreti, realizzando la completezza del sistema normativo e agevolando il continuo adattamento del diritto penale al contesto storico-sociale.

In questo, le clausole generali somigliano agli elementi indeterminati.

Tuttavia, la dottrina tedesca<sup>462</sup> ha attentamente rilevato che le clausole generali “*non posseggono, dal punto di vista metodologico, una struttura propria*”: sono tecniche di redazione della fattispecie, non concetti autonomi, e non sono assimilabili concettualmente agli elementi determinati, indeterminati, elastici, discrezionali. E così, “*il concetto elastico ed indeterminato è destinato a rimanere fattispecie o parte di fattispecie (...), mentre la clausola generale è diretta a stare sopra le singole fattispecie.*”<sup>463</sup>.

### 5.1. Tecnica casistica

All'estremo opposto della tecnica redazionale sintetica e per clausole generali si colloca la tecnica casistica, con la quale invece si procede alla formulazione con il minor grado di astrazione possibile, descrivendo, in tutti gli elementi particolari, tutti i casi concreti che il legislatore riesce a immaginare.

Tale tecnica apparentemente rappresenta il metodo redazionale migliore in termini di garanzia di determinatezza, assicurando precisione e minuzia al precetto<sup>464</sup>. Tuttavia, ponendosi come un estremo esasperato di tecnica di redazione, non costituisce un modello pienamente conforme al principio di determinatezza<sup>465</sup>: da un lato, frammenta il precetto in una serie di minuzie che posso disperderne il senso complessivo e frustrare l'ottica di orientamento delle

---

<sup>461</sup> Questa definizione è offerta da CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), p. 3. L'Autore rivela la difficoltà di inquadrare con precisione il fenomeno delle clausole generali, abbracciando esso una serie di ipotesi di parte generale, come le c.d. clausole generali di incriminazione suppletiva (art. 40, 56 e 110 c.p.), e di parte speciale (utilizzo di termini valutativi, fattispecie vaghe). Pone così in evidenza la frequente sovrapposizione terminologica tra tutti i fenomeni generatori di vaghezza normativa.

<sup>462</sup> ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 197.

<sup>463</sup> GRASSO, *Il principio “nullum crimen sine lege” nella Costituzione italiana*, cit., p. 176 cita HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln*, Mohr, 1933, p. 53.

<sup>464</sup> MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 58.

<sup>465</sup> PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 30.



condotte; dall'altro, finisce per creare fenomeni di elefantiasi legislativa, accompagnati da macroscopici casi di lacune normative stimolanti l'interpretazione analogica. Chiaramente, sotto quest'ultimo profilo, di fronte alla norma casistica, ribadita l'inderogabilità del divieto di interpretazione analogica *in malam partem*, non resta che prendere atto della lacuna, pur macroscopica, dal momento che la scelta dell'incriminazione deve spettare in via esclusiva al legislatore<sup>466</sup>.

## 5.2. Tecnica sintetica e clausole generali

Il fenomeno delle clausole generali, avvolto in un alone di incertezza già in merito alla sua corretta definizione<sup>467</sup>, è da porre in connessione col tema dell'indeterminatezza della fattispecie<sup>468</sup>, contribuendo alla creazione di un'intollerabile alone di vaghezza normativo.

La categoria non è precisamente definita.

Talora si concreta in un frammento di disposizione: elemento di una fattispecie incriminatrice (es. elementi normativi etico-morali), di una scriminante (difesa proporzionata all'offesa, offesa ingiusta), di una circostanza (speciale tenuità), ovvero presupposto di applicazione di una conseguenza giuridica (imputabilità p pericolosità sociale). In tali casi, la clausola si caratterizza per il rinvio a parametri extratestuali<sup>469</sup>.

Talaltra, la clausola generale funge invece da forma di incriminazione suppletiva<sup>470</sup> assumendo la forma di una disposizione volta all'estensione della rilevanza penale del fatto ad ipotesi altrimenti "atipiche" (concorso di persone, tentativo e reato omissivo improprio). In tali casi, la clausola generale non è un

---

<sup>466</sup> MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 58.

<sup>467</sup> Come sottolinea, nel suo recentissimo intervento, il CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, cit., p. 1 il quale cita in proposito una ricca dottrina civilistica che non è riuscita tuttavia ad addivenire ad una precisa definizione del fenomeno. L'Autore, a proposito della difficoltà finanche di definire un fenomeno che genera indeterminatezza, parla di vaghezza della vaghezza. Ma già in precedenza LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 302 parlava di "vaghezza socialmente tipica o vaghezza da rinvio".

<sup>468</sup> Distinguono in modo netto le clausole generali dagli altri fenomeni di indeterminatezza, il FABIANI, voce *Clausola generale*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano 2012, p. 187 e VELLUZZI, *Le clausole generali, Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, p. 29.

<sup>469</sup> CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, cit., p. 13.

<sup>470</sup> RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, p. 41.

frammento di fattispecie ma assorbe tutta la disposizione normativa (art. 110, 56 e 40, co. 2) e funge da moltiplicatore normativo per gemmazione della fattispecie base: tale ruolo di moltiplicatore di tipicità manifesta particolare criticità nel caso di applicazione cumulativa di due clausole (es. reato omissivo improprio tentato).

Le due sottocategorie di clausole generali tuttavia trovano denominatore comune nel configurarsi come norme a struttura ampiamente ellittica<sup>471</sup>, che, nel primo caso rinviano a elementi extragiuridici; nel secondo caso, a un preciso substrato dommatico.

Si è correttamente rilevato<sup>472</sup> che l'utilizzo delle clausole generali si mostra particolarmente pericoloso nella redazione delle fattispecie incriminatrici, più che nella normativa penale costituente la parte generale, in cui è generalmente tollerato un livello leggermente inferiore di determinatezza.

D'altra parte autorevole dottrina<sup>473</sup> ha sostenuto che le clausole generali, a determinate condizioni, manifestano una certa compatibilità con il principio di determinatezza. Ciò si verifica quando i termini sintetici, a dispetto della loro generalità, consentano di individuare in modo sufficientemente certo le ipotesi riconducibili alla norma incriminatrice<sup>474</sup>. Tali ipotesi devono essere, tuttavia, a mio avviso, fortemente circoscritte.

Il problema delle clausole generali e della loro indeterminatezza si è manifestato in particolare con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 650 c.p.<sup>475</sup>, la quale, nell'incriminare le inottemperanze ai provvedimenti dell'autorità, indicava con il sistema delle clausole generali, in via assolutamente generica, i tipi di provvedimenti e la causa emanativa degli stessi. L'indicazione, per la sua ampiezza, non è ritenuta dalla dottrina in alcun modo idonea ad identificare una precisa classe di appartenenza dei provvedimenti stessi, che, diversi ed eterogenei tra loro, non risultano realmente accorpati in base ad un elemento identificativo,

---

<sup>471</sup> CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, cit., p. 9.

<sup>472</sup> CONTENTO, *Clausole generali e regole generali come "principi di codificazione"*, in *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova, 1995, p. 110.

<sup>473</sup> MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 59.

<sup>474</sup> L'Autore cita quali casi di compatibilità le ipotesi di omicidio, lesioni personali, incendio, che attraverso l'utilizzo del termine "*cagionare*" rinviano alle teorizzazioni sul nesso di causalità, fondate sul rinvenimento di leggi universali o statistiche che contribuiscono a rendere sufficientemente determinato il precetto.

<sup>475</sup> ROMANO, "*Repressione della condotta antisindacale*", cit., p. 198.

bensi genericamente lasciati alla libera valutazione del giudice. Come noto, per le censure non sono state condivise dalla Corte Costituzionale<sup>476</sup> che ha salvato la norma dalla scure dell'illegittimità costituzionale, peraltro in relazione al diverso vizio di violazione della riserva di legge.

L'utilizzo delle clausole generali è stato acutamente collegato, secondo un'accurata analisi storica, a precisi fenomeni di politica criminale<sup>477</sup>: l'affermazione di una giurisdizione libera ed equitativa; l'affermarsi di uno Stato totalitario; l'interventismo statale in aree tendenzialmente estranea al controllo penale, come il sistema economico o fiscale, che finiscono per degradare il diritto penale da strumento di tutela di beni ad uno di tutela di funzioni. E, sotto il profilo della teoria del reato, alla valorizzazione della personalità del reo a discapito della considerazione puntuale del fatto concreto.

Questi obiettivi sono perseguiti attraverso una negazione della tipicità e una valorizzazione di espressioni capaci di abbracciare il maggior numero di fenomeni possibili e sfuggenti alla prevedibilità stratta. Questa negazione della tipicità è particolarmente apprezzabile laddove la clausola generale sia utilizzata in chiusura di una fattispecie determinata, per slabbarne la tipicità e consentire al giudice un intervento libero in tutti i casi che, pur non presentando i caratteri normativamente richiesti, siano genericamente ricollegabili al medesimo interesse giuridico tutelato.

#### *6. Il rapporto tra bene giuridico e determinatezza*

Di frequente, si manifesta una tendenza a graduare il livello di tolleranza nei confronti dell'indeterminatezza della fattispecie in base alla consistenza del bene giuridico tutelato dalla stessa fattispecie incriminatrice: più elevato è il rango del bene giuridico o il carico sanzionatorio, più dovrebbe irrigidirsi il principio di determinatezza.

Dottrina autorevole<sup>478</sup> invece, ribadendo l'assolutezza del principio di determinatezza, si oppone strenuamente a questa progressiva tolleranza parametrata alla consistenza del bene giuridico, sottolineandone una duplice

---

<sup>476</sup> Corte Costituzionale, 8 luglio 1971, n. 168.

<sup>477</sup> GRASSO, *Il principio "nullum crimen sine lege" nella Costituzione italiana*, cit., p. 173.

<sup>478</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 310; BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., p. 213

criticità: la possibilità che il legislatore eluda il principio di determinatezza alleggerendo appositamente il carico sanzionatorio della fattispecie; e la effettiva necessità di determinatezza che possono manifestare le fattispecie punite meno gravemente, laddove ad esempio siano poste a tutela di un bene giuridico poco afferrabile.

Non va sottaciuto infatti che spesso i beni giuridici più fortemente tutelati sono proprio quelli più agevolmente percepibili e definiti (es. diritto alla vita); mentre all'inverso, meno fortemente tutelato è il bene, minore è anche la sua afferrabilità (es. stabilità del sistema economico, ordine pubblico, moralità familiare). E allora, il rapporto tra determinatezza e bene giuridico appare esattamente invertito: più elevato è il rango del bene giuridico o il carico sanzionatorio, più sembra tollerabile un affievolimento del principio di determinatezza<sup>479</sup>, attraverso la rarefazione degli elementi della fattispecie che saranno compensati dalla forte plasticità del bene giuridico tutelato e, conseguentemente, del granitico evento di danno o pericolo. Meno elevato è il bene giuridico, più consistenza e decisione devono assumere i contorni della condotta incriminata, che compenseranno la difficile afferrabilità del bene finale.

In effetti, un'estrinsecazione normativa di tale principio di gradualità "inversamente proporzionale" è rappresentato dalla contrapposizione tra reati a forma libera, o causalmente orientati, e reati a forma vincolata<sup>480</sup>.

Nei primi (es. omicidio), sono punite tutte le condotte causalmente orientate alla produzione dell'evento di lesione o messa in pericolo di un bene giuridico, che si assume di rango elevato: la dettagliata descrizione della fattispecie, e in particolare della condotta illecita, lascia spazio a una certa sinteticità espositiva, tutta compensata però dalla consistenza marmorea dell'evento (es. morte). Il significato astratto della fattispecie si concentra tutto nella puntualizzazione dell'evento, tralasciando le modalità produttive dello stesso alle quali il legislatore, nei limiti della riconducibilità eziologica di cui agli artt. 40

---

<sup>479</sup> ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3° ed., Milano, 2004, p. 43.

<sup>480</sup> Sulla distinzione, peculiare la risalente visione del CARNELUTTI *Teoria generale del reato*, Padova 1933, p. 296, il quale include nei reati a forma libera solo il tentativo, il concorso nel reato e alcune fattispecie di attentato. Ritiene invece a forma vincolata persino il reato di omicidio.

e 41 c.p., si mostra indifferente. Qui la determinatezza dell'evento assorbe l'apparente indeterminatezza della condotta<sup>481</sup>.

Nei secondi (es. truffa), sono punite soltanto alcune determinate modalità di lesione o messa in pericolo del bene giuridico, che è ritenuto di rango meno elevato: l'attenzione del legislatore è scrupolosa nella descrizione delle modalità della condotta e la fattispecie, di regola, appare *prima facie* in sintonia con il principio di determinatezza e frammentarietà. Tuttavia, i rischi di frizione con la determinatezza di fattispecie sì strutturate è riscontrabile sotto altro duplice profilo. Sotto un primo aspetto, talvolta lo scrupolo nella descrizione delle modalità di condotta nasconde una certa rarefazione dell'evento, che arriva ad impallidire del tutto in determinate fattispecie<sup>482</sup>. Sotto altro aspetto, la precisazione delle modalità illecite della condotta può, nella furia descrittiva del legislatore, soffermarsi troppo sulla fattispecie soggettiva, arrivando ad esigere connotazioni interne eccessivamente rigorose e difficilmente verificabili. Ciò si verifica ad esempio nelle fattispecie a dolo specifico, sia – e soprattutto<sup>483</sup> – quando esso operi in funzione costitutiva, sia in funzione selettiva (es. nel rapporto tra la fattispecie di serrata e sciopero per fini non contrattuali e sequestro di persona a scopo di estorsione, o nel rapporto, recentemente delineato, tra esercizio arbitrario delle funzioni ed estorsione).

Si è sostenuto<sup>484</sup>, rispetto a questo profilo, che il legislatore redige la fattispecie secondo la struttura a forma libera quando il rischio di fraintendimenti o estensioni di significato è ontologicamente meno avvertito, poiché minore “è la *frangia di confine tra la sfera della rilevanza e dell'irrelevanza penale e perché, all'interno della sfera di rilevanza, non si impone la necessità di prevenire i conflitti che potrebbero insorgere dall'interferenza con il settore operativo di norme diverse.*”. Diversamente, sceglie la forma vincolata se valuta che la

---

<sup>481</sup> BRICOLA, *La determinatezza*, cit. p. 197; ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, cit., p. 150.

<sup>482</sup> ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, cit., p. 150 cita correttamente quale esempio di rarefazione dell'evento la fattispecie di favoreggiamento personale di cui all'art. 378 c.p..

<sup>483</sup> BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., p. 215 considera particolarmente rischioso l'utilizzo del dolo specifico in funzione costitutiva, dal momento che non è determinabile a priori la condotta tipica, ossia resta oscuro quali tipi di condotta siano penalmente rilevanti dal momento che la loro rilevanza sorge solo in connessione all'esistenza, difficilmente riscontrabile a livello probatorio, dell'elemento psichico. Così anche PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 419.

<sup>484</sup> RAMACCI, *Introduzione*, cit., p. 72

percezione chiara della fattispecie potrebbe sfuggire, qualora si utilizzassero espressioni troppo sintetiche.

### *7. Le definizioni legislative: un rimedio percorribile?*

L'esigenza legislativa di formulazione delle definizioni da parte dell'autorità parlamentare è strettamente connessa con la volontà di garantire una produzione normativa caratterizzata da determinatezza. Il fenomeno delle definizioni legislative nasce infatti in relazione a quella peculiare idoneità degli elementi della fattispecie ad essere colti secondo differenti significati definitivi o valutativi, in modo da creare all'interno dell'elemento un nucleo centrale e un alone marginale: il caso concreto, l'oggetto che rientri nel nucleo centrale sarà agevolmente riconducibile all'elemento della fattispecie, mentre quello che rientri nell'alone marginale dovrà soggiacere alla valutazione dell'interprete, che potrà decidere in maniera tendenzialmente discrezionale se ricondurlo o meno alla classe degli oggetti indicati dall'elemento. Per ovviare a questo spazio di libertà lasciato al giudice in tema di riconduzione dell'oggetto all'elemento della fattispecie, il legislatore può così eliminare la congenita pluralità di definizioni e stabilire quale dei significati definitivi dell'elemento sia effettivamente utilizzato dal mondo giuridico e assurgere quindi a contenuto della definizione qualificata fornita dal legislatore.

Venendo alle classificazioni, le definizioni legislative possono distinguersi in definizioni tecniche e definizioni specifiche<sup>485</sup>.

Si intende per definizione tecnica una definizione che si distanzia dal significato comune delle parole, ponendosi rispetto ad esso in rapporto di interferenza. In tal caso, il termine esiste già nell'uso comune, ma viene utilizzato in un'accezione affatto diversa da quella fatta propria dal legislatore<sup>486</sup>. Altre volte, diversamente<sup>487</sup>, la definizione tecnica si installa su un termine che non può

---

<sup>485</sup> MARTINO, *Le definizioni*, cit., p. 42; In termini analoghi, BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, p. 66 contrappone le definizioni stipulative e le ridefinizioni (o definizioni esplicative).

<sup>486</sup> Esempi ne sono i termini "gravame", "appello".

<sup>487</sup> Sulla contrapposizione tra le due categorie si veda MARTINO, *Le definizioni*, cit., p. 88.

definirsi di uso comune, perché di esso esiste solo un'accezione di natura tecnica<sup>488</sup>.

Si intende per definizione specifica la definizione che precisa il significato definitorio comune delle parole di uso diffuso nella comunità. Attraverso di esse, in altre parole, il legislatore sceglie, nella polisemia congenita dell'elemento, il significato definitorio che appare più calzante alla materia penale<sup>489</sup>. Chiaramente nella scelta è auspicabile che il legislatore non si allontani troppo dal significato valutativo del termine, poiché tale divaricazione innaturale creerebbe incertezze all'interprete sulla reale idoneità della definizione ad esprimere il concetto. Rispetto ad esse, alcuna dottrina<sup>490</sup> ha sostenuto la necessità che anche sulla definizione si innesti l'interpretazione del giudice: dal momento che tali definizioni renderebbero peculiare un significato definitorio che comunque appare di uso comune, l'interprete sarebbe autorizzato a riutilizzare l'originario significato definitorio, non "peculiarizzato", che circola nella comunità, ogniquale volta ciò sia adeguatamente giustificato da specifiche esigenze interpretative.

Con riferimento alla prima categoria delineata, se l'utilizzo di apposite definizioni tecniche nella materia penale si pone l'obiettivo di circoscrivere in modo definito i termini utilizzati dal legislatore in un'ottica fortemente orientativa e vincolante per l'interprete, a tutto favore del valore della determinatezza, tuttavia alcuni rilievi si oppongono all'utilizzo sovrabbondante delle stesse nel diritto penale.

Innanzitutto, il diritto penale affonda le proprie radici nella vita quotidiana e si pone l'obiettivo di regolare accadimenti tipici di essa, per cui l'utilizzo frequente di termini di carattere tecnico e non di uso comune appare inconciliabile con questa primordiale esigenza criminale; d'altra parte, quand'anche il legislatore volesse utilizzare definizioni tecniche di termini altamente diffusi nella comunità forgiandone un'accezione propria del diritto penale, ciò produrrebbe un allontanamento del cittadino rispetto alla materia e un rischio altissimo di

---

<sup>488</sup> Esempi ne sono i termini "delitto aberrante", "preterintenzione", ma anche "dolo".

<sup>489</sup> Esempi ne sono i termini "colpa", "sostanza stupefacente o psicotropa", "cosa mobile".

<sup>490</sup> BELVEDERE, *Il problema*, cit., p. 161.

creazione di un diritto elitario scevro da qualsivoglia forma di controllo e quindi soggetto ad agevoli manipolazioni a sfondo politico-criminale<sup>491</sup>.

Con riferimento alla seconda categoria delineata, non può che rilevarsi un generale vantaggio derivante dall'attività legislativa di specificazione del significato dei termini di uso comune di cui il legislatore sceglie di servirsi. D'altra parte, anche rispetto ad esso si pongono degli innegabili deterrenti negativi. Innanzitutto, l'abbondanza di definizioni, soprattutto se non sorretta da un'adeguata sistematicità normativa, rischia di caoticizzare il già disordinato panorama legislativo, creando rischi di elefantiasi legislativa. In aggiunta, se da un lato la definizione ha l'innegabile pregio di vincolare l'interpretazione giudiziale, tuttavia ciò non consente quella fluidità del linguaggio che abbiamo visto garantita dal libro scorrere del significato valutativo e dalla possibilità di adeguare costantemente ad esso il significato definitorio.

Le considerazioni espresse portano a chiarire che innanzitutto l'inserimento di definizioni legislative non sia in alcun modo un obbligo costituzionalmente imposto dall'art. 25 Cost., nella parte esprime il principio di determinatezza. Il linguaggio di uso comune mantiene il suo primato nel diritto penale<sup>492</sup> e il principio di determinatezza non esprime l'esigenza inderogabile di sostituirlo con un linguaggio di natura tecnica o specifica. Il legislatore è libero di valutare nel modo che ritiene più opportuno quanto debba essere diffuso l'utilizzo delle definizioni legislative<sup>493</sup>, prediligendo, nell'ordine, linguaggio comune, definizioni specificative e definizioni tecniche<sup>494</sup>.

Sembra in un'ultima analisi di poter accogliere una soluzione di compromesso: *“un moderato tecnicismo che, senza privare le leggi e le scienze giuridiche dei concetti tecnici indispensabili, sia peraltro compatibile con una sorta di traducibilità del linguaggio giuridico nel linguaggio comune, e quindi*

---

<sup>491</sup> GRASSO, *Il principio “nullum crimen sine lege” nella Costituzione italiana*, cit., p. 133.

<sup>492</sup> PAGLIARO, *Principio di legalità*, cit., p. 697, dal quale tuttavia dissento laddove proclama la salvezza dalla scure dell'incostituzionalità per tutta la categoria degli elementi vaghi, senza distinzioni, sostenendo che la generalità di significato sia un dato meramente semantico che non può rilevare per il diritto.

<sup>493</sup> MARTINO, *Le definizioni*, cit., p. 96.

<sup>494</sup> PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 397.



*con un buon grado di intelligibilità del diritto e delle operazioni giuridiche da parte di ogni cittadino.*<sup>495</sup>.

Il tema dell'alternativa tra linguaggio tecnico e linguaggio comune è trattato da autorevole dottrina<sup>496</sup> la quale rileva come la predilezione per il linguaggio comune, mira ad evitare che l'interpretazione delle leggi si ponga come monopolio di un'incontrollabile casta professionale; la predilezione per il linguaggio tecnico manifesti un'esaltazione dell'ideale del rigore rispetto a quello della semplicità, che, nel campo giuridico, si rivela fallace e chimerica. In quest'ottica, il linguaggio tecnico, sfuggendo ai problemi di vaghezza fisiologica del linguaggio, esprimerebbe al massimo grado il principio di determinatezza.

#### *8. I possibili rimedi all'indeterminatezza secondo una circolare della Presidenza del Consiglio del 5 febbraio 1986*

Con la circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 5 febbraio 1985, il Governo tentò apertamente di dettare delle linee guida per la redazione delle norme penali che riuscissero a realizzare un'inversione di tendenza rispetto alla graduale violazione del principio di determinatezza manifestano dal patrimonio normativo penale. E' indubbiamente amaro rilevare come, a distanza di quasi trent'anni, tali indicazioni siano rimaste non più che un muto documento storico.

In particolare, nella Parte II della circolare, di cui ci occuperemo a fini di completezza dell'analisi sul principio di determinatezza, sono contenute precise scelte di campo del legislatore sul tema della redazione della fattispecie illecita, che avrebbero dovuto trovare applicazione sia per l'illecito penale che per l'illecito amministrativo.

Tale parte comprende due distinti capi: il capo I, sui "*Criteri concernenti la forma esteriore della disposizione*"; il capo II, sui "*Criteri concernenti l'individuazione del contenuto normativo*".

Nel primo Capo, riguardo alle regole di espressione verbale e sintattica, la Circolare, su un piano generale, entra nel merito della struttura sintattica normativa, raccomandando l'utilizzo di un periodare snello e asciutto; su un piano

---

<sup>495</sup> SCARPELLI, *Semantica giuridica*, cit., p. 996.

<sup>496</sup> SCARPELLI, *Semantica giuridica*, cit., p. 996.

più specifico, scoraggia l'utilizzo di termini nella loro accezione laica ed esprime una chiara preferenza per termini ed espressioni tecniche, così come definite dalla fonte legislativa, ma anche giurisprudenziale e dottrinale. Da ciò non è comunque evincibile una generale subordinazione dell'attività interpretativa alla dogmatica dei giuristi né un'opzione di formalizzazione totale del linguaggio giuridico<sup>497</sup>, che viene anzi chiaramente criticata nel prosieguo della Circolare. Inoltre, la Circolare raccomanda l'uso appropriato delle rubriche normative, nate con l'obiettivo di accompagnare l'interprete in un primo generale inquadramento della fattispecie.

Riguardo alle regole di articolazione, distribuzione e collocazione delle disposizioni, esprime avversità nei confronti degli articoli composti da troppi commi e raccomanda una corrispondenza tra articolazione della disposizione e struttura della fattispecie, con chiara individuazione del precetto, delle circostanze e della sanzione. In particolare, di fronte a fattispecie complesse, ritiene preferibile sdoppiare l'articolo in diversi articoli, piuttosto che scorporarlo dall'interno in una pioggia di commi. Esemplificando le regole esposte, la Circolare raccomanda di isolare le norme definitorie, mantenendo una contiguità con la disposizione cui si riferiscono e munendole di idonea rubrica definitoria.

La Circolare, infine, collegandosi all'esigenza di facile reperibilità del dato normativo e quindi di conoscibilità del precetto, esprime particolare avversità, oltre che per le norme c.d. intruse<sup>498</sup>, per la tecnica, purtroppo anche oggi molto diffusa, delle c.d. clausole sanzionatorie<sup>499</sup>: l'intervento sanzionatorio penale a generale corredo di una disciplina extrapenale. Tecnica che, come abbiamo visto, mira a realizzare l'"amministrativizzazione" del diritto penale, con un problematico passaggio dal diritto penale a tutela di beni al diritto penale a tutela di funzioni. Sotto questo profilo, tuttavia, la Circolare non esprime una piena bocciatura di tale tecnica ma ne raccomanda piuttosto un uso oculato per evitare di sanzionare in egual misura fattispecie estremamente eterogenee. In tal senso, sla

---

<sup>497</sup> PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 234. *Contra*, GUASTINI, *Questioni di tecnica legislativa*, in *Le Regioni*, 1985, p. 231.

<sup>498</sup> L'espressione si riferisce all'uso tristemente invalso di inserire fattispecie incriminatrici di nuovo conio in nuovi progetti di legge che investono materie del tutto eterogenee.

<sup>499</sup> PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA. VV., *Comportamenti economici e legislazione penale, Atti del convegno Arel, del 17 marzo 1978*, Milano, 1979, p. 34.

Circolare sembra bocciare la tecnica di collocazione unitaria della sanzione, ad epilogo di diverse fattispecie, e preferire un oculato inserimento della stessa in poche scelte fattispecie<sup>500</sup>. Tale tecnica appare anche incentivante ad una maggiore attenzione e cautela del legislatore nella redazione di fattispecie autenticamente incriminatrici in altri piani del diritto.

Sotto il profilo dei criteri sull'individuazione del contenuto normativo, le indicazioni della Circolare appaiono particolarmente interessanti per le connessioni che manifestano con la presente trattazione.

Innanzitutto, è deciso il rifiuto di espressioni indeterminate, che possono essere provocate da eccessiva omnicomprensività della realtà rappresentata<sup>501</sup> o da un'insufficiente capacità di rappresentare la realtà stessa. Sotto il primo profilo, ci si riferisce ad espressioni che designano realtà tra loro fortemente eterogenee quanto a disvalore, e che non contengono d'altra un elemento sufficientemente determinato atto a guidare l'interprete nella delimitazione del penalmente lecito. Sotto il secondo profilo, ci si riferisce ad espressioni volte a designare realtà difficilmente concettualizzabili, o mutate da aree conoscitive in cui non è presente un'esigenza di determinatezza (es. sociologia), ovvero i concetti valutativi che non offrano un criterio valutativo sufficientemente determinato.

Il legislatore bandisce inoltre gli elementi descrittivi legati a determinazioni quantitative, che, implicando un'area di elasticità eccessiva di intervento giudiziale, dovrebbero essere già decodificati a monte dal legislatore.

Per restringere l'area di indeterminatezza, l'Esecutivo suggerisce l'utilizzo, seppur cauto, delle norme definitorie affinché si evitino almeno contrasti giurisprudenziali eccessivamente aspri.

Con riferimento specifico alle tecniche redazionali, si impone di prestare particolare attenzione alla distinzione tra disposizione a più norme e norma a più fattispecie, che dovrà trovare adeguato riscontro nella rubrica normativa. La tecnica casistica improntata su elenchi tassativi non è in sé vietata ma dovrà essere utilizzata con scrupolo, al fine di evitare esclusioni conclamati che diano vista a pericolose lacune normative. Allo stesso modo, l'elenco esemplificativo non è bandito in maniera decisa purché sia però esplicitativo di un contenuto normativo

---

<sup>500</sup> Contra, PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie*, cit., p. 236.

<sup>501</sup> RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie nell'ordinamento vigente*, cit., p. 239.

già esistente ed espresso nella disposizione. Dovrà quindi delinearsi, tenendo presente un forte elemento unificante tra i vari esempi forniti dal legislatore, per poter orientare un'interpretazione giudiziale rispettosa della *ratio legis*.

La Circolare avversa invece con particolare veemenza le tecniche di rinvio, che vanno già in sé evitate in quanto sottopongo la norma incriminatrice ad un continuo rischio di modifica, in quanto essa risulta soggetta ad un adeguamento automatico a seguito dell'abrogazione o modificazione della norma rinviata. In particolare, vanno evitati il rinvio generico; il rinvio in blocco e il rinvio a catena. Inoltre, l'Esecutivo raccomanda di distinguere attentamente il rinvio *quoad poenam*, del quale si può agevolmente fare a meno, dal rinvio *quoad factum*, che più spesso si impone al legislatore, ma che in ogni caso va scongiurato.

La Circolare non fa invece specifico riferimento né al problema degli elementi normativi della fattispecie né alle norme di scopo.

## BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *La selezione dei magistrati: prospettive psicologiche*, Milano, 1976.

ALBISETTI, *Vilipendio della religione e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1975, fasc. 4, p. 283 ss.

ALLEGRA, *Il comune sentimento del pudore*, in *Iustitia*, 1950, p. 77 ss.

ALSTON, *Filosofia del linguaggio*, Bologna, 1971.

AMARELLI, *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 403 ss.

AMATO, *Rapporti tra norme primarie e norme secondarie*, Milano, 1962.

ANOSSOF, *L'analogia nel diritto penale*, in *Giust. pen.*, 1934, I, p. 182 ss.

ANTOLISEI, *Il giudice penale e la legge*, Padova, 1940.

AZZARITI, *Il principio di irretroattività e i suoi riflessi di carattere costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 622 ss.

BALOSSINI, *La rilevanza giuridica delle regole sociali*, Milano, 1980.

BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963.

BASSI, *Il principio di separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, p. 25 ss.

BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1964.

BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977.

BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971.

- BETTIOL, *Aspetti politici del diritto penale contemporaneo*, Palermo, 1953.
- BETTIOL, *Colpa d'autore e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 417 ss.
- BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1986.
- BETTIOL, *Il problema penale*, in *Scritti giuridici*, II, Padova 1966, p. 642 ss.
- BETTIOL, *Pena retributiva e poteri discrezionali del giudice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, p. 113 ss.
- BETTIOL, *Sul metodo della considerazione unitaria*, in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 395 ss.
- BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 3 ss.
- BETTIOL, *Pena retributiva e poteri discrezionali del giudice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, p. 116 ss.
- BONOMI, *Riserva di legge in materia penale, determinatezza delle fattispecie criminoso e rinvio al diritto straniero*, in *Giur. Cost.*, 2009, fasc. 10, p. 2130 ss.
- BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1, 1951, p. 150 ss.
- BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 305 ss.
- BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958.
- BONDI, *Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole. Contributo allo studio del reato di false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1177 ss.
- BOSCARELLI, *A proposito del principio di "tassatività"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 1147 ss.

BOSCARELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955.

BOSCARELLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990.

BRANCA, *In tema di fattispecie penale e riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 1980, p. 1535 ss.

BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965.

BRICOLA, *Legalità e crisi: l'articolo 25, commi 2° e 3° della Costituzione, rivisitato alla fine degli anni '70*, in *La questione criminale*, 1980, p. 209 ss.

BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino 1973, p. 7 ss.

BURDESE – GALLO M., *Ipotesi normativa e interpretazione del diritto*, in *Riv. ital. sc. giur.*, 1949, p. 386 ss.

CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione "in action" del diritto penale*, Torino, 1999.

AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Bologna 2006.

CAJANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954.

CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, vol. I, Padova, 1930, p. 34.

CALVI, *Sfruttamento della prostituzione*, Padova, 1970.

CALVIERI, *Alcune osservazioni in tema di legalità ed eguaglianza alla luce delle sentenze della Corte Costituzionale n. 122 e 269 del 1993*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1993, fasc. 5, p. 687 ss.

CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV sezione e l'apprezzamento di fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, III, p. 275 ss.

CAPPITELLI, *Sulla conformità alla Costituzione degli artt. 182 e 183 c.p.mil.p.*, in *Rassegna della giustizia militare*, 2001, fasc. 1-3, p. 69 ss.

CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Milano, 1970.

CARNELUTTI, *Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, p. 119 ss.

CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951.

CARRARA, *Dell'ignoranza come scusa*, in *Opuscoli di diritto criminale*, VII, Lucca, 1874, p. 389 ss.

CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra tipicità classificatoria e tipologia ordinale*, Padova, 2009.

CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)

CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009.

CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1594 ss.

CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970.

CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966.

CATTANEO, *Terrorismo e arbitrio: il problema giuridico nel totalitarismo*, Padova, 1998.

CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in AA. VV., *Costituzione, diritto e processo penale*, Milano, 1998, p. 166.

CENTINI, *Il principio di determinatezza: significatività e ragionevolezza della clausola "senza giustificato motivo"*, in *Giur. Cost.*, 2004, fasc. 6, p. 4709 ss.



CERASE, *I nuovi reati bancari*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1864 ss.

CHAUVEAU - HELIE, *Teorica del codice penale*, Napoli, 1863.

CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969.

CONTENTO, *Clausole generali e regole di interpretazione come "principi di codificazione"*, in *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova, 1995, p. 109 ss.

CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956.

CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004.

CORSALE, *La certezza del diritto*, Milano, 1970

CRISAFULLI, *Disposizione e norma*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 195

D'AMICO, *Sulla costituzionalità della decisioni manipolative in materia penale*, in *Giur. it.*, 1990, IV, p. 254 ss.

DE FRANCO, *Riserva di legge e "determinatezza" delle previsioni di pericolosità sociale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 106 ss.

DE RUGGIERO, *La dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del cittadino nella rivoluzione francese*, in *Contributi alla storia del pensiero giuridico e filosofico*, Milano, 1963.

DEAN, *Il rapporto di mezzo a fine nel diritto penale*, Milano, 1967.

DELITALA, *Criteri direttivi del nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, p. 589 ss.

DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930.

DELOGU, *L'elemento politico nel codice penale*, in *Arch. pen.*, 1945, p. 171 ss.

DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 370 ss.

DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo della legge*, Milano, 2006.

DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 345 ss.

DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979.

DONATI, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910.

DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011.

DONINI, *Le garanzie costituzionali della legalità penale e un nuovo ruolo della Corte di cassazione*, in *Cass. Pen.* 2002, p. 1165 ss.

DONINI, *Teoria del reato, Una introduzione*, Padova, 1996.

ENGISCH, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, in *Fest. Mezger*, Munchen und Berlin, 1954, p. 147 ss.

ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970.

ESPOSITO, *L'art. 25 della Costituzione e l'art. 1 del Codice penale*, in *Giur. Cost.*, 1961, I, p. 537 ss.

FABIANI, voce *Clausola generale*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2012, p. 183 ss.

FALLONE, *Il principio di tassatività nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. merito*, 2008, fasc. 1, p. 279 ss.

FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. II, Roma-Bari, 2001.

FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, II*, Chemnitz 1800, r.a. Aalen, 1973.

FERRAJOLI, *Crisi della legalità e della giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in AA. VV., *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente e ipotesi del futuro*, Padova, 2001, p. 27 ss.

FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989.

FERRAJOLI, *Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1967, p. 514 ss.

FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in AA. VV., *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente e ipotesi del futuro*, Padova, 2001, p. 43 ss.

FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 6<sup>a</sup> ed., Bologna, 2008.

C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale, parte generale*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2008.

FIORE C., *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966.

FLORIAN, *Dei delitti contro la sicurezza dello Stato*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di Zerboglio-Florian, vol. II, parte I, Milano, 1923.

FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, Milano, 1994.

FOSCHINI, *La irretroattività della legge nella costituzione*, in *Riv. pen.* 1957, I, p. 500 ss.

FROSALI, *La giustizia penale*, in *Commentario sistematico alla Costituzione di Calamandrei*, I Firenze, 1950.

GALLO M., *Appunti di diritto penale, vol. II, parte I, Il reato, La fattispecie oggettiva*, Milano, 1999.

GALLO M., *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-1952, p. 191.

GALLO M., *La legge penale (appunti)*, Torino, 1963.

GIANNOTTA, *Un problema di interpretazione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1954, p. 102 ss.

GIANNOTTI, *Il concetto di sedizione militare tra determinatezza e offensività, in una pronuncia di rigetto della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2001, fasc. 7, p. 1322 ss.

GIUNTA, *I contorni del “disastro innominato” e l’ombra del “disastro ambientale” alla luce del principio di determinatezza*, in *Giur. cost.*, 2008, fasc. 4, p. 3539 ss.

GORETTI, *La normatività giuridica*, Padova, 1950.

GRASSO G., *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur. Cost.* 1981, I, p. 806 ss.

GRASSO G., *Il principio “nullum crimen sine lege” nella Costituzione italiana*, Milano, 1972.

GREGORI, *Saggio sull’oggetto giuridico del reato*, Padova, 1978.

GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II, Milano, 1950.

GROSSO C.F., *Ad impossibilia nemo tenetur: la Corte detta la giudice rigorosi confini per la configurabilità del reato di ingiustificato trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Giur. cost.*, 2004, fasc. 1, p. 97 ss.

GROSSO C.F., *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, fasc. 4, p. 1474 ss.

GUASTINI, *Questioni di tecnica legislativa*, in *Le Regioni*, 1985, p. 231 ss.

HART, *Il concetto di diritto*, Introduzione e traduzione a cura di CATTANEO, Torino, 1966.

INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996.

INSOLERA - ZANOTTI, *L'intervento interpretativo della Corte Costituzionale sulle ipotesi di frode fiscale ex art. 4, n. 7, della l. 516 del 1982*, in *Foro, it.*, 1989, I, p. 1685 ss.

JANNITTI - PIROMALLO, *Legge morale e pubblica moralità*, in *Justitia*, 1950, p. 29 ss.

JELLINEK, *Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, Tübingen, 1913.

JEROME FRANK, *Law and modern mind*, New York, 1949.

LAGHEZZA, *Ancora una pronuncia in tema di armi giocattolo*, in *Cass. pen.*, 1989, fasc. 11, p. 1950 ss.

LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli, 1967.

LIBERTINI, *Attività sediziose e manifestazione del pensiero nella legge penale militare*, in *Riv. di polizia*, 2001, fasc. 2, p. 106 ss.

LO MONTE, *Principio di tassatività e riforma dei reati tributari: un dialogo tra sordi*, in AA. VV., *La riforma continua. Il riformismo dell'era progressista*, a cura di C. Fiore - S. Moccia - A. Cavaliere, Napoli 2009, p. 220 ss.

LONGARI, *Il principio di tassatività nei reati omissivi propri*, in *Giur. cost.* 1995, fasc. 4, p. 3029 ss.

LONGO, *Certezza del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, vol. III, Torino, 1959, p. 124 ss.

LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968.

LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990.

MAIZZI, *Limiti edittali della pena e principio di legalità: a proposito dell'illegittimità costituzionale dell'art. 122 c.p.m.p.*, in *Giur. cost.*, 1992, fasc. 6, p. 4430 ss.

MALINVERNI, *Lo studio del diritto penale*, in *Temi*, 1963, p. 928 ss.

MANNA, *La "nuova legislazione" penale in tema di tutela dell'ambiente tra illegittimità comunitaria e costituzionale*, in *Arch. pen.*, 3, 2011, p. 763 ss.

MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, 5<sup>a</sup> ed., Padova, 2007.

MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959.

MARINI, *Introduzione*, in AA.VV., *Diritto penale e attività bancaria*, Atti del Convegno di Torino, Padova, 1994, p. 8 ss.

MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 952.

MARINUCCI - DOLCINI, *Corso di diritto penale, Parte generale*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2011.

MARTINO, *Le definizioni legislative*, Torino, 1975.

MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1948.

MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio di primo grado*, Milano, 1964.

MAYER, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, I, Heidelberg, 1923.

MINGUZZI, *Il limite delle attività avverse alla costituzione*, Milano, 1899.

MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 348 ss.

MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992.

MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997.

MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1968, p. 475 ss.

MOLARI, *La tutela penale della condanna civile*, Padova, 1960.

MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi, traduzione di Beatrice Boffito Serra*, Milano, 1989.

MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 176 ss.

MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino 1968, p. 1105 ss.

NASI, *Fatto (giudizio di)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 973 ss.

NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Tübingen, 1973.

NUVOLONE, *Aspetti della polemica costituzionale in materia penale*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 121 ss.

NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Milano, 1972.

NUVOLONE, *Il possesso nel diritto penale*, Milano, 1942.

NUVOLONE, *Il principio di legalità e il principio della difesa sociale*, in *Studi in memoria di F. Grispigni*, Milano, 1956, p. 241 ss.

NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova 1975.

NUVOLONE, *La problematica penale della Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: Scritti in onore di Mortati*, IV, Milano, 1977, p. 494 ss.

NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, 1969, I, p. 682 ss.

NUVOLONE, *Reati di stampa*, Milano, 1951.

PADOVANI, *Diritto penale*, X ed., Milano, 2012.

PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in AA. VV., *Atti del 4° congresso nazionale di diritto penale: Diritto penale, diritto di prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario*, Torino, 1996, p. 634 ss.

PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, I, p. 117 ss.

PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 675 ss.

PAGLIARO, *Appunti su alcuni elementi normativi contenuti nella legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 420 ss.

PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione penale*, in *Studi in onore di Antolisei*, II, Milano, 1965, p. 389 ss.

PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960.

PAGLIARO, *Legge penale, principi generali*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, p. 1041 ss.

PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003.

PAGLIARO, *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 701 ss.



PALADIN, *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 521 ss.

PALAZZO, *Dieci anni di legislazione penale: sguardi retrospettivi ed auspici*, in *Quaderni della giustizia*, 1985, n. 47, p. 17 ss.

PALAZZO, *Elementi quantitativi indeterminati e loro ruolo nella struttura della fattispecie (a proposito della frode fiscale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1194 ss.

PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979.

PALAZZO, *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974.

PALAZZO, *La nozione di cosa d'arte in rapporto al principio di determinatezza della fattispecie penale*, in *La tutela penale del patrimonio artistico*, Milano, 1977, p. 230.

PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino 1993, p. 35 ss.

PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A. Stile, Napoli, 1991, p. 27 ss.

PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. Pen.*, 1987, p. 230 ss.

PAPA, *La questione di costituzionalità relativa alla disciplina delle armi giocattolo: il diritto vivente tra riserva di legge e determinatezza della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1989, fasc. 2, p. 29 ss.

PARESCHE, *Morale e costume*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 21 ss.

PASCONI, *La Corte costituzionale e la discrezionalità legislativa: aspetti di un difficile rapporto*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 1993, fasc. 7 e 8, p. 402 ss.

PATALANO, *La previsione di un reato omissivo necessita dei criteri di determinatezza e tassatività*, in *Guida al diritto*, 1995, fasc. 10, p. 69 ss.

PATALANO, *Tutela dell'ordine economico e sistema penale bancario. La nuova disciplina tra effettività e simbolicità*, in *Studi Urbinati*, 1994/1995, p. 70 ss.

PEDRAZZI, *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 646 ss.

PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955.

PEDRAZZI, *Mercati finanziari (disciplina penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 655 ss.

PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA. VV., *Comportamenti economici e legislazione penale, Atti del convegno Arel, del 17 marzo 1978*, Milano, 1979, p. 33 ss.

PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano della scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, p. 3 ss.

PETTOELLO MANTOVANI, *Il valore problematico della scienza penalistica*, Palermo, 1961.

PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, 2011, p. 19 ss.

PISANI, *Errore legislativo e principio di determinatezza del precetto penale*, in *Cass. pen.*, 1993, fasc. 1, p. 9 ss.

PISANI, *Sulla tutela penale della mancata corresponsione all'ex coniuge dell'assegno di divorzio*, in *Cass. pen.*, 1990, fasc. 3, p. 382 ss.

PIZZORUSSO, *Introduzione*, in PIZZORUSSO, *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, p. 43 ss.

PLANTAMURA, *Diritto penale ed economica pubblica: tra esigenze di determinatezza e nuove prospettive di tutela*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, fasc. 4, p. 787 ss.

PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, IV, p. 46 ss.

PUGIOTTO, *Il riferimento al diritto vivente*, in *Foro it.*, 1998, II, p. 95 ss.

PUGIOTTO, *La problematica del diritto vivente nella giurisprudenza costituzionale del 1994: uso e matrici*, in *Foro it.*, 1995, I, p. 474 ss.

PULITANÒ, *Il buon costume*, in AA.VV., *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, Bari, 1970.

PULITANÒ, *L'anticipazione dell'interevento penale in materia economica*, in AA.VV., *Atti del 4° congresso nazionale di diritto penale: Diritto penale, diritto di prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario*, Torino, 1996, p. 16 ss.

PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976.

PULITANÒ, *Politica criminale*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 3.

PULITANÒ, *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1983, p. 93 ss.

RAMACCI, *Introduzione all'analisi del linguaggio legislativo penale*, Milano, 1970.

RAMACCI, *Notazioni in margine alla questione di costituzionalità degli artt. 527-529 c.p.*, in *Scritti dedicati a Raselli*, II, Milano, 1971, p. 1312 ss.

RAMAT, *Responsabilità politica della magistratura*, in *Foro amm.*, 1969, II, p. 15 ss.

RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Milano, 1967.

RICHIELLO, *Su una questione di legittimità costituzionale dell'art. 195, comma 2, c.p.mil.p., in tema di violenza contro un inferiore*, in *Cass. pen.* 1991, fasc. 12, p. 1935 ss.

RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001.

RIVERDITI, *Disastro innominato*, in *Leg. pen.* 2008, fasc. 4, p. 475 ss.

RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1285 ss.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3° ed., Milano, 2004.

ROMANO M., *Diritto e morale*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, p. 75 ss.

ROMANO M., *“Repressione della condotta antisindacale”: profili penali*, Milano, 1974.

RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979.

ROSSI, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, 1953.

ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, con saggio introduttivo di Robert Derathé, Torino, 1977.

ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtsmerkmale*, 2, Aufl., Munchen, 1970.

RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale, I, Lineamenti generali*, Napoli, 1965.

SCARANO, *Il problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, p. 149 ss.

SCARPELLI, *La definizione del diritto*, in *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976.

SCARPELLI, *Semantica giuridica*, in *Nov. dig. it.*, Vol. XVI, Torino, 1969, p. 983 ss.

SEMINARA, *Disclosure or abstain? La nozione di informazione privilegiata tra obblighi di comunicazione al pubblico e divieti di insider trading: riflessioni sulla determinatezza delle fattispecie sanzionatorie*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 2008, fasc. 3, p. 331 ss.

SENESE, *Sovranità popolare e amministrazione della giustizia*, in *Quale giustizia*, 1973, p. 381 ss.

SESSA, *La "sicurezza urbana" come garanzia dell'esercizio di diritti fondamentali: un contributo alla razionalizzazione del "diritto punitivo municipale"*, in *Crit. dir.*, vol. 1-2, 2008, p. 47 ss.

SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Crit. dir.*, 2001, p. 206 ss.

SGUBBI, *Il reato come rischio sociale: ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990.

SGUBBI, *Meccanismi di aggiramento della legalità e della tassatività nel codice Rocco*, in *La questione criminale*, 1981, p. 321 ss.

SGUBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, Milano, 1980.

SICLARI, *L'illegittimità costituzionale del reato militare di "violata consegna"*, in *Giur. it.* 1992, fasc. 12, p. 2033 ss.

SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, 1969.

SINISCALCO, *Ratio di “certezza” e ratio di “garanzia” nella riserva di legge dell’art. 25, 2° comma, della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1969, I p. 998 ss.

SIRACUSANO, *Art. 403 c.p. e tutela penale del sentimento religioso*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1975, fasc. 4, p. 283 ss.

SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 51 ss.

SPASARI, *Diritto criminale e scienza del diritto criminale. Oggetto e metodo della dottrina criminale e della criminologia*, in *Giur. it.*, 1990, vol. 2, parte IV, p. 516 ss.

SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966.

STILE, *Conclusioni*, in AA. VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, cit., p. 287.

STILE, *Il convegno di Napoli sui problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 1250 ss.

STORTONI, *Le nuove norme contro l’intolleranza. Legge o proclama?*, in *Crit. dir.*, 1994, p. 16 ss.

TAMMELO, TEBALDESCHI, *Studi di logica giuridica*, Milano, 1976.

TAPARELLI D’AZEGLIO, *La libertà tirannia*, Piacenza, 1960.

TARELLO, *Diritto, enunciati, usi: Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974.

TURCO, *Appunti per una riflessione sulla giurisprudenza costituzionale relativa al reato di cui all’art. 1 sexies l. 8 agosto 1985, n. 431*, in *Riv. pen.*, 1993, fasc. 1, p. 13 ss.

VASSALLI, *Analogia nel diritto penale*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1958, p. 607 ss.

VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 307 ss.

VASSALLI, voce *Nullum crimen sine lege*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1968, p. 504 ss.

VASSALLI, *Tipicità*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 540 ss.

VELLUZZI, *Le clausole generali, Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010.

VENDITTI, *La tutela penale del pudore e della pubblica decenza*, Milano, 1963.

VISCONTI, *Determinatezza della fattispecie e bilanciamento di interessi*, in *Foro it.*, 1995, II, p. 2773 ss.

VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia*, Torino, 2011.

WELZEL, *Naturalismus un Wertphilosophie im Strafrecht*, Berlin, 1935.

WOLF, *Die Typen der Tatbestandsmässigkeit*, Breslau, 1931.

ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Milano, 1988, p. 120 ss.